UNIVERSIDADE DE MARÍLIA

GABRIEL ABIB SORIANO

DA IMPARCIALIDADE DO JUIZ E DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA PROVA ILÍCITA

MARÍLIA
2017

GABRIEL ABIB SORIANO

DA IMPARCIALIDADE DO JUIZ E DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA PROVA ILÍCITA

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, sob orientação do Prof. Dr. Elias Marques de Medeiros Neto.

MARÍLIA
2017

Soriano, Gabriel Abib
Da imparcialidade do juiz e do princípio da proibição da prova ilícita / Gabriel Abib Soriano. - Marília: UNIMAR, 2017.
92f.

Dissertação (Mestrado em Direito - Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social) – Universidade de Marília, Marília, 2017.
Orientação: Prof. Dr. Elias Marques de Medeiros Neto

1. Imparcialidade 2. Juiz 3. Prova Ilícita I. Soriano, Gabriel Abib

CDD – 341.464

GABRIEL ABIB SORIANO

DA IMPARCIALIDADE DO JUIZ E DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA PROVA ILÍCITA

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília, área de concentração Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social, sob orientação do Prof. Dr. Elias Marques de Medeiros Neto.

Aprovado pela Banca Examinadora em: __/__/____

_____

Prof. Dr. Elias Marques de Medeiros Neto
Orientador

_____

Prof.(a) Dr.(a)

_____

Prof.(a) Dr.(a)

Dedico este trabalho a todos que o tornaram possível, em especial a minha companheira e amiga **Brunna Mota Ferrairo**, que tanto me incentivou para que eu tivesse forças para a realização do presente. Sem qualquer sombra de dúvida você é um exemplo. Nos momentos em que pensei que não seria possível você estava lá para me estender a mão e me ajudar a caminhar. Não dedicar esta dissertação a você seria uma injustiça irreparável.
Obrigado por tudo!

AGRADEÇO ...

À meu orientador **Prof. Dr. Elias Marques de Medeiros Neto**, que me acolheu com dedicação ímpar. Embora outros colegas tenham defendidos suas dissertações antes de mim, tive o privilégio em ser o primeiro aluno do mestrado em Direito da Unimar a escolhê-lo como orientador. Com toda a certeza foi a melhor escolha que eu poderia ter feito. Obrigado mais uma vez por me aceitar. A admiração pelo docente e advogado atuante só fez aumentar. Em um futuro próximo terei o orgulho em dizer que fui seu orientando.

À **Profª. Drª. Walkiria Martinez Heinrich Ferrer** que me incentivou e auxiliou no ingresso ao programa de mestrado da Unimar, não medindo esforços para fazê-lo. Não foram poucas às vezes em que pedi sua ajuda, e em todas elas fui atendido. Meu mais sincero muito obrigado.

À mestranda **Catharina Martinez Heinrich Ferrer**, minha amiga de sala desde a graduação e ainda de parte do mestrado (e, espero eu, por toda a vida), a quem devoto todo o carinho, respeito e admiração.

À **UNIVERSIDADE DE MARÍLIA – UNIMAR**, minha casa desde a graduação e a que tenho orgulho em dizer que pertenci.

Ao **Prof. Dr. Jefferson Aparecido Dias** e a **Profª. Drª. Fernanda Mesquita Serva**, que com espírito progressista realizam um trabalho admirável tornando possível a realização do sonho de tantas pessoas, assim como tornaram possível o meu.

À **Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES)** por fomentar a pesquisa no país. Sem a concessão da bolsa flexibilizada seria muito mais difícil concluir o Mestrado.

À todos os **Professores do Programa de Mestrado** que tão nobremente compartilharam seus conhecimentos. Espero que um dia eu me torne um espelho para outros, assim como vocês foram para mim.

Aos **meus colegas de turma de mestrado** que tornaram essa tortuosa jornada um pouco mais fácil.

Aos **meus amigos do escritório** que me deram o suporte necessário para conseguir conciliar os estudos ao trabalho.

Ao secretário do mestrado **Augusto**, que em diversos momentos mostrou solicitude para comigo e todos os outros colegas.

A **minha família**, que a seu modo me amparou.

E, por fim, a todos os outros que por ventura não tenha sidos mencionado expressamente devido a

brevidade a que se reveste este agradecimento. Todos foram importantes, de tal sorte que um dia espero poder retribuir.

A todos o meu mais sincero muito obrigado.

Tem fé no direito, como o melhor instrumento para a convivência humana; na justiça, como destino normal do direito; na paz, como substituto da justiça; e, sobretudo, tem fé na liberdade sem a qual não há direito, nem justiça, nem paz.

Eduardo Couture (1904 -1956)

A IMPARCIALIDADE DO JUIZ E DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA PROVA ILÍCITA

RESUMO: No cotidiano judiciário não são poucas as vezes em que provas ilícitas são juntadas aos autos de processos e chegam à ciência do magistrado. Ocorre que, notou-se que uma vez que o julgador toma ciência deste tipo de prova sofre inevitável contaminação psicológica, afetando o seu poder de julgamento justo, haja vista sua quebra de imparcialidade. Desta forma, o presente trabalho tem como objetivo analisar a problemática extraída da quebra da imparcialidade do magistrado quando toma conhecimento de provas obtidas por meios inadmissíveis, demonstrando-se que o mero desentranhamento desta dos autos é medida insuficiente, tendo em vista o "fator humano" do julgador que certamente influencia no julgamento. Através do método dedutivo, valendo-se também de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, o tema será tratado analisando o aspecto teórico, mas sem se afastar do prático. Desta forma, como conclusão parcial, nota-se a perda de uma das características essenciais do magistrado quando em contato com a prova ilícita, qual seja, a sua necessária imparcialidade para o bom desenvolvimento do processo.

Palavras-chave: Imparcialidade. Juiz. Prova Ilícita.

THE IMPARTIALITY OF THE JUDGE AND THE PRINCIPLE OF THE PROHIBITION OF ILLICIT PROOF

Abstract: In everyday judicial practice, illicit evidence is usually added to the case file and the magistrate's knowledge arrives. It occurs that it was empirically noticed that once the judge becomes aware of this type of evidence it suffers inevitable psychological contamination, affecting its power of fair trial, given its breach of impartiality. The objective of this study is to analyze the problems arising from the breach of the impartiality of the magistrate when he becomes aware of evidence obtained by inadmissible means, demonstrating that the mere disentanglement of this case is insufficient measure, in view of the "human factor" of the judge which certainly influences the judgment. Through the deductive method, also using bibliographical and jurisprudential research, the subject will be treated with the proper practical and academic importance that covers it. As a partial conclusion, it was noted that when in contact with the illicit evidence the magistrate loses one of the essential characteristics; the impartiality necessary for the proper development of the process.

Key words: Impartiality. Judge. Illicit Proof.

LISTA DE ABREVIATURA

§ - Parágrafo

Art. – Artigo

ADI ou ADIn – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADC – Ação Direta de Constitucionalidade

CF – Constituição Federal

CPC – Código de Processo Civil

CPP – Código de Processo Penal

Des. – Desembargador

DJ – Diário de Justiça

DJU – Diário da Justiça da União

DL – Decreto Lei

DO – Diário Oficial

EC – Emenda à Constituição

ed. - edição

j. – Julgado

OAB – Ordem dos Advogados do Brasil

Op. cit. – Obra citada

Min - Ministro

MP – Medida Provisória

NCPC – Novo Código de Processo Civil

RE – Recurso Extraordinário

Rel.- Relator

REsp – Recurso Especial

ss. - seguintes

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJ – Tribunal de Justiça

v.g – *via gratia* (por exemplo)

vol - volume

v.u – Votação Unânime

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 14

2 UMA LEITURA CONSTITUCIONAL DO PROCESSO CIVIL 16

3 DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS LIGADAS AO PROCESSO CIVIL 23
3.1 PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL..... 26
3.2 PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL 30
3.3 PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA 32
3.4 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO 34
3.5 PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA..... 38
3.6 PRINCÍPIO DA ISONOMIA 40
3.7 PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL 42
3.8 PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE 44
3.9 PRINCÍPIO DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS 46
3.10 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE 50
3.10 PRINCÍPIO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO 50
3.12 PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA PROVA ILÍCITA 55

4 TEORIA GERAL DA PROVA 56
4.1 DOS MEIOS DE PROVA 57
4.2 PROVA EMPRESTADA 58
4.3 PROVA ILÍCITA 59
4.4 PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO (TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA) 65
4.4.1 Algumas exceções à inadmissibilidade da prova ilícita por derivação 68
4.4.1.1 Teoria da Fonte Independente 68
4.4.1.2 Teoria da Descoberta Inevitável 70
4.4.1.3 Teoria da Mancha Purgada – Vícios Sanados ou Tinta Diluída 71
4.4.1.4 Teoria da Exceção da boa-fé 73

5 DO DIREITO À IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO E DO PRÍNCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA PROVA ILÍCITA 74

6 CONCLUSÃO 83

REFERÊNCIAS 85

1. INTRODUÇÃO

A preocupação com um processo que respeite as garantias processuais constitucionais é com certeza um dos grandes obstáculos a serem superados em nosso tempo.

Para isso o devido processo legal deve ser rigidamente seguido, possibilitando, dentre outros princípios, o exercício do contraditório; o direito à prova; e a proibição da prova ilícita.

Como desdobramento desta busca, a tomada de medidas no sentido de coibir os problemas oriundos da utilização da prova ilícita obtida por meios inadmissíveis por certo é problema que atormenta a doutrina e a jurisprudência, sendo, portanto, solo fértil para debate no ambiente acadêmico.

Destarte, o presente trabalho pretende abordar especificamente a questão relativa ao procedimento a ser adotado quando da declaração da prova como ilícita.

Atualmente, quando essa declaração ocorre há apenas o desentranhamento da prova ilícita dos autos, sendo proferido novo julgamento.

Contudo, a medida à luz da doutrina é insuficiente, vez que ignora o "fator humano" do magistrado, que se tornará parcial, haja vista que muito provavelmente sofrerá influência na valoração de outras provas e consequentemente na prolação da nova decisão.

O legislador atento a este problema inseriu no Projeto de Lei nº 4.205, de 2001 (nº 37/07 no Senado Federal) que "Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências", posteriormente convertido na Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008 o § 4º ao artigo 157:

O mencionado parágrafo preceituava que o **"***juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão*."

Ocorre que, depois de ouvidos o Ministério da Justiça e a Advocacia Geral da União, o Presidente da República entendeu por bem vetar o § 4º sob a justificativa que este dispositivo atentaria contra a celeridade do processo, bem como causaria transtornos, ao obrigar que o juiz que fez toda a instrução processual seja substituído por um outro que nem sequer conhece o caso.

Sustentou ainda que caso o processo não estivesse em primeiro grau de jurisdição o dispositivo não alcançaria seu objetivo, porque mesmo que o magistrado conhecedor da prova inadmissível seja afastado da relatoria da matéria, poderia ter que proferir seu voto em razão da obrigatoriedade da decisão coligada.

Porém, com o devido acatamento, as razões do veto não tem o condão de afastar a necessária medida prevista no parágrafo vetado.

Isto porque, a busca de celeridade não pode servir de argumento para ofensa ao princípio constitucional da vedação da prova ilícita, posto que, no cotejo entre estes certamente prevalecerá o segundo à luz da proporcionalidade e razoabilidade.

Processo devido não é apenas aquele que é rápido, e sim aquele que dura o tempo necessário para uma decisão que atenda diversos fatores, como, por exemplo, a complexidade do assunto; o comportamento dos litigantes e de seus procuradores ou da acusação e da defesa no processo; a atuação do órgão jurisdicional.

Quanto à substituição do magistrado, que além de ser benéfica poderia ser incorporada ao rol de exceções ao princípio da identidade física do juiz, em especial no âmbito do processo civil, que é o cerne deste trabalho e onde a doutrina majoritária entende inexistir tal princípio.

Por seu turno, nos Tribunais poderia sem grande esforço haver a substituição do relator ou mesmo da Turma.

Assim, é de *lege ferenda* norma relativa à regulação de tal procedimento no âmbito processual civil de modo a evitar decisões proferidas por juízes parciais, e, portanto, em desconformidade com o devido processo legal.

2. UMA LEITURA CONSTITUCIONAL DO PROCESSO CIVIL

Não se pode negar que o Direito moderno sofre o fenômeno denominado "constitucionalização". O ordenamento jurídico pátrio, por sua vez, também tem se constitucionalizado, haja vista que adota o princípio da supremacia da constituição, que nos dizeres de José Afonso da Silva:

> [...] significa que a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estrutura deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as *normas fundamentais* de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação as demais normas jurídicas [...] o resulta o da *compatibilidade vertical* das normas da ordenação jurídica de um país, no sentido de que as normas de grau inferior valerão somente se forem compatíveis com as normas de grau superior, que é Constituição. As que não forem compatíveis com ela são inválidas, pois a *incompatibilidade vertical* resolve-se em favor das normas de grau mais elevado, que funcionam como fundamento de validade das inferiores.[1]

Com efeito, partindo da premissa da supremacia constitucional é necessário interpretar todas as normas de acordo com os princípios da unidade da constituição e força normativa da constituição.

No primeiro princípio, a grosso modo, deve o interprete ao aplicar a norma fazê-lo com base na totalidade do texto constitucional, afastando assim supostas incompatibilidades[2], quanto ao segundo princípio, também explicado de modo perfunctório, deve o interprete buscar conferir a máxima efetividade às normas constitucionais[3].

Diante do exposto, se denota que há em verdade um escalonamento das normas, na qual a Constituição Federal é o fundamento de todas as outras. Há uma verticalidade hierárquica entre as normas, buscando as inferiores fundamento de validade nas superiores, até chegar a Constituição Federal. [4]

---

[1] SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 36. Ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2013. P. 47e 49

[2] FERREIRA MENDES, Gilmar; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.p. 106

[3] Op. Cit. pg. 108/109

[4] LENZA. Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*.18 ed. São Paul: Saraiva. 2014. P 87

Em razão disso, como não poderia deixar de ser, tal fenômeno atingiu também o direito processual civil. Nesse sentido Cassio Scarpinella Bueno preceitua que:

> Sendo o direito processual civil um ramo do direito público, porque, em última análise, voltado ao estudo da atividade-fim do Poder Judiciário, o exercício da função jurisdicional, evidencia-se a indispensabilidade de seu estudo dar-se a partir da CF. É ela – e não as leis – que moldam o "ser" (ou melhor, o dever ser do Estado brasileiro.
> A afirmação revela muito sobre o método a ser empregado para o estudo do direito processual civil. Estudar direito processual civil a partir da CF é, antes de tudo, extrair tudo o que ela contém sobre direito processual civil. Todas as normas constitucionais de direito processual civil que criam o modelo de organização e atuação do Estado-juiz. Criam no sentido de impor o modelo – não apenas um, qualquer um, mas o modelo – a ser necessariamente observado pelo intérprete e pelo aplicador do direito processual civil. Trata-se, destarte, de uma imposição constitucional. As normas constitucionais, todas elas, dever ser acatadas inclusive no que diz respeito à estruturação do Estado-juiz e da forma de sua atuação para o atingimento de suas finalidades, o que, aliás, é eloquentemente designado, não por acaso pelo inciso LIV do art. 5º da própria CF, como devido processo legal. Se o texto constitucional tivesse substituído o adjetivo legal por constitucional, pouco mais seria necessário acrescentar.
> Observar "o modelo constitucional do direito processual civil", destarte, não é uma escolha teórica ou filosófica. Não é uma corrente de pensamento que dependa da adesão deste ou daquele autor, desta ou daquela doutrinadora. Como toda boa norma constitucional, sua observância é impositiva, sob pena de patente inconstitucionalidade.[5]

Ainda com a precisão aritmética que lhe é peculiar alerta Cássio Scarpinella Bueno em outra obra pontifica que:

> Estudar o direito processual civil na e da Constituição, contudo, não pode ser entendido como algo passivo, que se limita à identificação de que determinados assuntos respeitantes ao direito processual civil são previstos e regulamentados naquela Carta. Muito mais do que isso, a importância da aceitação daquela proposta metodológica mostra toda sua plenitude no sentido ativo de aplicar as diretrizes constitucionais na construção do direito processual civil, realizando pelo e no processo, isto é, pelo e no exercício da função jurisdicional, os misteres constitucionais reservados para o Estado brasileiro, de acordo com o seu modelo político, e para seus cidadãos.[6]

---

[5] BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito Processual Civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei n. 13.105 de 16-03-2015*. São Paulo: Saraiva, 2015. p.37

[6] BUENO, Cassio Scarpinella. *O "Modelo constitucional do direito processual civil": Um paradigma necessário de estudo do direito processual civil e algumas de suas aplicações*. Processo Civil - Novas tendências-Homenagem ao Professor Humberto Theodoro Jr, v. 1, , 2010. p. 157-166 Disponível em < http://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/31655450/O_modelo_constitucional_do_direito_processual_civil__Jornadas_2008_.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAJ56TQJRTWSMTNPEA&Expires=1483992924&Signature=aak0wkvDm7pAgQFsar0jevHtcOs%3D&response-content-

Com efeito, já no Anteprojeto do Código de Processo Civil (Lei 13.105 de 16 de março de 2015) apresentado ao Senado[7] ficou bem claro o acatamento deste fenômeno denominado "constitucionalização do processo", destacando-se que:

> Os princípios e garantias processuais inseridos no ordenamento constitucional, por conta desse movimento de "constitucionalização do processo", não se limitam, no dizer de LUIGI PAOLO COMOGLIO, a "reforçar do exterior uma mera 'reserva legislativa' para a regulamentação desse método [em referência ao processo como método institucional de resolução de conflitos sociais], mas impõem a esse último, e à sua disciplina, algumas condições mínimas de legalidade e retidão, cuja eficácia é potencialmente operante em qualquer fase (ou momento nevrálgico) do processo" (Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali. Studi in onore di Luigi Montesano, v. II, p. 87-127, Padova, Cedam, 1997, p. 92).

O mesmo documento deixou claro ainda que um dos principais objetos daquela Comissão era:

> [..] estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal". [...]
> A necessidade de que fique evidente a harmonia da lei ordinária em relação à Constituição Federal da República fez com que se incluíssem no Código, expressamente, princípios constitucionais, na sua versão processual. Por outro lado, muitas regras foram concebidas, dando concreção a princípios constitucionais, como, por exemplo, as que prevêem um procedimento, com contraditório e produção de provas, prévio à decisão que desconsidera da pessoa jurídica, em sua versão tradicional, ou "às avessas"[8]

Evidentemente, com a elaboração de um Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105 de 16 de março de 2015) que buscou a todo custo ser inovador e principiológico[9] o respeito a constitucionalização do processo seria corolário. Vejamos a redação do artigo 1º da lei ora em comento:

> Art. 1º **O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na**

---

disposition=inline%3B%20filename%3DO_modelo_constitucional_do_direito_proce.pdf> Acesso em 09 de janeiro de 2017

[7] Brasil. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. – Brasília : Senado Federal, Presidência, 2010. P.11 Disponível em: < https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf> Acesso em 08 de janeiro de 2017

[8] Op.cit.

[9] MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais.p 85/86

> **Constituição da República Federativa do Brasil**, observando-se as disposições deste Código.[10] **(Grifo Nosso)**

Por isso, com toda a razão José Miguel Garcia Medina ressalta a importância do artigo 1º do Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105 de 16 de março de 2015) lecionando que:

> Assim, interessam, evidentemente, as regras disposta no Código de Processo Civil e em outras leis, mas sobretudo, a norma constitucional. Entendemos que *os princípios e valores dispostos na Constituição Federal constituem o ponto de partida do trabalho do processualista.* A atuação das partes e a função jurisdicional devem ser estudadas a partir da compreensão de que o processo é um espaço em que devem se materializar os princípios inerentes a um Estado que se intitula "Democrático de Direito" (cf. art. 1º da Constituição). O CPC/2015 reproduz e esmiúça uma série de princípios constitucionais, fazendo-o, principalmente (mas não exclusivamente), no começo da Parte Geral, em tópico dedicado as normas fundamentais do processo civil. **Deixa claro, com isso, que o processo civil é ordenado, disciplinado e interpretado em conformidade com a Constituição. Longe de ser mera redundância, a referência a princípios constitucionais ao longo do texto do Código tem importante papel pedagógico[11]. (Grifo Nosso)**

Marcus Vinícius Rios Gonçalves seguindo na mesma linha esclarece que o Novo Código de Processo Civil logo em seu artigo 1º deixa claro a sua filiação e adoção aos princípios Constitucionais do Processo, no que se denominou direito constitucional processual[12].

Dito isto, cumpre esclarecer que o Novo Código de Processo Civil trouxe para si princípios constitucionais e mesmo infraconstitucionais, com patente finalidade de reforçá-los, a exemplo do artigo 8º da Lei 13.105 de março de 2015.

À primeira vista, pode parecer haver redundância a positivação destes princípios em legislação inferior à Constituição Federal, contudo, seu reforço é necessário, de modo a agir como um lembrete ao interprete do texto[13], reiterando que a legislação processual deve ser aplicada em consonância à Constituição.

---

[10] BRASIL. Lei 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília – DF - Diário Oficial da União - Seção 1 – 17 de março 2015

[11] MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado***.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015. p.31

[12] GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Novo Código de Processo Civil*. v.1. São Paulo: Saraiva. 2015. p. 91.

[13] Op.cit.

Não se pode esquecer ainda que a positivação de princípios na ordem infraconstitucional é benéfica, posto que, pode proporcionar um eventual recurso ao Superior Tribunal de Justiça, já que o Supremo Tribunal Federal não se presta a análise de ofensa reflexa/obliqua à Constituição.

Com efeito, com a positivação de princípios constitucionais no Novo Código de Processo Civil, estes ganham força como nunca antes visto, podendo e devendo serem invocados quando das decisões judiciais.

Todavia, justamente por isso, há de se ter em mente que o Código de Processo Civil não é pleno e nem central, porque todo o seu fundamento de validade se encontra na Constituição. Senão vejamos:

> O Código de Processo Civil não é pleno e nem central nada obstante sirva, enquanto densificação infraconstituicional do direito ao processo justo, como direito processual geral – isto é, transsetorial, sendo aplicável naquilo que não conflite em toda disciplina processual no direito brasileiro (art. 15, CPC). Não é pleno, porque o sistema é relativamente aberto e diferentes estatutos processuais previstos em leis extravagantes convivem com o Código. Não é central, porque a centralidade na ordem jurídica brasileira é da Constituição. Isso quer dizer que a construção e a reconstrução do sistema processual parte da Constituição: o direito fundamental ao processo justo principia e enfeixa o processo civil brasileiro. Por essa razão é que o processo tem de ser interpretado de acordo com a Constituição. Observando as disposições do Código – que de seu turno não estão imunes ao controle de constitucionalidade.[14]

Desta feita, é certo que o Direito Processual Civil é influenciado pela Constituição, ao passo que também a influência. Assim, se pode vislumbrar a inserção de normas de natureza processual dentro do bojo da Constituição, bem como o fato de que a leitura do processo civil deve se dar através dos postulados constitucionais, ou seja, constituindo um método de interpretação e aplicação deste ramo do Direito.[15]

Porém, este fenômeno não é novo, pois embora atualmente a Constituição esteja repleta de princípios de natureza processual, isto já ocorria desde a Carta Magna da Inglaterra de 1215, sem prejuízo de outros documentos de suma importância.

---

[14] MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 91

[15] OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO. Elias Marques de; COZZOLINO DE OLIVEIRA, Patrícia Elias. *Curso de Direito Processual Civil*. 1. ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2015. p. 71

Aliás, não são raras as Constituições e tratados internacionais que consagram direitos processuais, a exemplo disso podemos citar a Convenção Europeia de Direitos do Homem[16], Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos[17] e o Pacto de São José da Costa Rica[18], em especial no que concerne ao devido processo legal.

No que tange a proteção de direitos processuais no âmbito da Constituição brasileira Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira lecionam que isso só ocorreu efetivamente com a Constituição Federal de 1988. Destaca-se:

> Dentre nós, embora as cartas constitucionais anteriores tratassem de alguns princípios e apresentassem algumas disposições de ordem processual, em especial quanto à composição de Tribunais e ações constitucionais, foi a atual Constituição Federal, de 1988, chamada de *constituição cidadã*, que positivou em larga escala direitos humanos, tornando-os direitos fundamentais a efetiva constituição do Estado Democrático de Direito.[19]

Ainda neste sentido, salientando como a Constituição afeta na leitura do processo civil João Batista Lopes discorre que:

---

[16] ARTIGO 6°- Direito a um processo equitativo - 1.Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a proteção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.

[17] ARTIGO 14 1. Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil. A imprensa e o público poderão ser excluídos de parte da totalidade de um julgamento, quer por motivo de moral pública, de ordem pública ou de segurança nacional em uma sociedade democrática, quer quando o interesse da vida privada das Partes o exija, que na medida em que isso seja estritamente necessário na opinião da justiça, em circunstâncias específicas, nas quais a publicidade venha a prejudicar os interesses da justiça; entretanto, qualquer sentença proferida em matéria penal ou civil deverá torna-se pública, a menos que o interesse de menores exija procedimento oposto, ou processo diga respeito à controvérsia matrimoniais ou à tutela de menores.

[18] Artigo 8. Garantias judiciais - 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

[19] OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO. Elias Marques de; COZZOLINO DE OLIVEIRA, Patrícia Elias. *Curso de Direito Processual Civil*. 1. ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2015. P. 72

> De acordo com as tendências atuais do direito processual, o estudo do processo civil tem como ponto de partida, a Constituição Federal e não o Código de Processo Civil. É a chamada constitucionalização do processo civil, que não constitui nova disciplina jurídica, mas tão-somente nova forma de estudar o direito processual.[20]

Na perspectiva atual é impossível compreender o processo fora da "constitucionalização".

O processo deve ser visto como instrumento garantidor de direitos fundamentais, refletindo a Constituição.

Nos dizeres de Fredie Didier Júnior "[...] a doutrina passa a examinar as normas processuais infraconstitucionais como concretizadoras das disposições fundamentais."[21]

O mesmo autor lecionando sobre o processo moderno discorre que uma de suas principais características é o reconhecimento da força normativa da Constituição "que passa a ser encarada como principal veículo normativo do sistema jurídico, com eficácia imediata e independente, em muitos caos, de intermediação legislativa.[22]

Desta forma, resta claro que há em verdade uma releitura de todo o Processo Civil em face deste fenômeno. A própria Constituição estabelece um "Modelo Constitucional do Processo" no qual este deve se balizar.

Em síntese, a Constituição assumiu o seu lugar de "bússola" ao "navio" do processo civil, norteando-o em todos os momentos.

---

[20] LOPES, João Batista. *Curso de direito processual civil*. v.I. São Paulo: Atlas, 2005. p.38

[21] DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. vol.1. 15º ed. Salvador. Juspodivm. 2013. P.32

[22] Op.cit

3. DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS LIGADAS AO PROCESSO

Uma das principais formas de concretização de direitos fundamentais é através da tutela jurisdicional, que em um Estado de Democrático de Direito é realizada por intermédio do processo.

Desta feita, ao passo que a tutela jurisdicional é uma garantia, é também um direito fundamental do cidadão.[23]

Assim, serve o processo como meio de efetivação de direitos, contudo, tal efetivação não se justifica a qualquer preço, deve o processo respeitar garantias constitucionais ligadas a ele, dentre as quais, por exemplo, podemos citar o devido processo legal; contraditório; motivação das decisões; juiz natural, dentre outros.

De tal modo, a solução dos conflitos através da tutela jurisdicional, como decorrência da relação Estado-cidadão e como direito fundamental, deve se pautar em diversos princípios de índole constitucional e infraconstitucional.[24]

As garantias ao mesmo tempo que incidem sob os jurisdicionados incidem sobre a jurisdição, lhe conferindo regularidade e credibilidade. É o que ensina Ada Pellegrini Grinover:

> Garantias, não apenas das partes, mas sobretudo da jurisdição: porque se, de um lado, é interesse dos litigantes a efetiva e plena possibilidade de sustentarem suas razões, de produzirem suas provas, de influírem concretamente sobre a formação do convencimento do juiz, do outro lado essa efetiva e plena possibilidade constitui a própria garantia da regularidade do processo, da imparcialidade do juiz, da justiça das decisões.[25]

A expressão garantias constitucionais do processo é utilizada não sem razão, pois pretende significar justamente o que a doutrina lhe imputa, ou seja, a função de limitar o poder, assegurando o exercício de direitos. Sobre o tema Rui Barbosa disserta:

> [...] as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as assecuratórias, que são as

---

[23] GRECO, Leonardo. *Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo.* Estudos de Direito Processual. V.1. 2005. p.1. Disponível em: http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15708-15709-1-PB.pdf Acesso em 22 de janeiro de 2017

[24] Op. cit.

[25] GRINOVER, Ada Pellegrini. As garantias constitucionais do processo nas ações coletivas. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 82, p. 180-197, jan. 1987. ISSN 2318-8235. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67100/69710>. Acesso em: 31 jan. 2017. doi:http://dx.doi.org/10.11606/issn.2318-8235.v82i0p180-197.

> que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos, estas são as garantias; ocorrendo não raro juntar-se na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia, com a declaração do direito.[26]

Sobre como as garantias possibilitam a efetivação de direitos fundamentais Marcelo Novelino dispõe que:

> O reconhecimento e declaração de um direito no texto constitucional são insuficientes para assegurar sua efetividade. São necessários mecanismos capazes de protegê-lo contra potenciais violações.
> As garantias não tem um fim em si mesmo, mas um *meio* a serviço de um direito substancial. São instrumentos criados para assegurar a proteção e efetividade de direitos fundamentais.
> A fixação da garantia e a declaração do direito têm uma linha divisória pouco nítida e, não raro, localizam-se no mesmo dispositivo, tal como ocorre com o *habeas corpus*, garantia criada para assegurar a *liberdade de locomoção* (art. 5º, LXVIII); com o *devido processo legal,* instrumento que visa à proteção dos direitos de *liberdade* e *propriedade* (art. 5º., LIV); e com o princípio da legalidade, meio protetivo e assecuratório das *liberdades individuais* (art. 5º, II).
> Os polos ao redor dos quais gravitam as garantias são: o *indivíduo*, a *liberdade* e, a partir do século XX, a *instituição.*[27]

Diante do decorrer histórico de conquista de garantias, o processo moderno hoje reflete uma série delas, que podem estar expressas ou implícitas no texto constitucional.

Do exposto, se infere que em um Estado que pretenda possuir um processo que siga um "modelo constitucional" certamente deverá respeito aos princípios constitucionais do processo.

Todavia, para melhor compreensão do tema, necessária se faz a definição do que se entende por princípio, definição esta a qual Celso Antônio Bandeira de Mello realizou com maestria ao ensinar que princípio é:

> [...] mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o reconhecimento dos

---

[26] BARBOSA. Rui. *República: Teoria e prática* (textos doutrinários sobre direitos humanos e políticos consagrados na primeira Constituição da República. Seleção e coordenação Hilton Rocha). Petrópolis: Vozes, apud SILVA, JOSÉ AFONSO. *Curso de direito constitucional positivo.*

[27] NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional.* 7.ed. São Paulo: Método. 2012. P. 402

> princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.[28]

Os princípios constitucionais do processo são garantias mínimas, que trilham a atuação do Estado-Juiz.

Nesta esteira, não se pode deixar de salientar que por força do artigo 5º, § 1º da CF as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, e as relativas a processos ostentam em sua totalidade este status.

De seu turno, explicando acerca de direitos fundamentais Luís Alberto Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior expõem que:

> Os direitos fundamentais podem ser conceituados como a categoria jurídica instituída com a finalidade de proteger a dignidade humana em todas as dimensões. Por isso, tal qual o ser humano, tem natureza polifacética, buscando resguardar o homem na sua liberdade (direitos individuais), nas suas necessidades (direitos sociais, econômicos e culturais) e na sua preservação (direitos relacionados à fraternidade e à solidariedade[29]

Todavia, é de se lembrar que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais não estão dispostas apenas no artigo 5º da Constituição Federal, e sim por todo seu texto. Como apenas um de dezenas de exemplos que poderiam ser mencionados destacamos o decidido na ADI 939, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 15/12/1993, DJ 18-03-1994 PP-05165 EMENT VOL-01737-02 PP-00160 RTJ VOL-00151-03 PP-00755, na qual se entendeu como cláusula pétrea a garantia constitucional estabelecida no artigo 150, III, "*b"* da Constituição Federal.

Sobre a aplicabilidade das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais José Afonso da Silva pontifica que são elas:

> [...] dotadas de todos os meios e elementos necessários à sua pronta incidência aos fatos, situações, condutas ou comportamentos que elas regulam. A regra é que as normas definidoras de *direitos e garantias individuais* (direitos de 1.ª dimensão, acrescente-se) sejam de *aplicabilidade imediata.*[30]

---

[28] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 13.ed. São Paulo: Editora Malheiros. p. 771/772

[29] ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 109-110.

[30] SILVA, José Afonso da. *Comentários contextual à Constituição.* 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007. P.408

Desta forma, ainda que não houvesse nenhuma outra previsão acerca de processo na legislação pátria, ou seja, não houvesse um Código de Processo Civil ou mesmo leis esparsas que tratassem da matéria, dever-se-ia respeito aos princípios relativos ao processo esculpidos na Constituição Federal[31].

Dito de outro modo, seriam de observância obrigatória, por exemplo, os princípios do devido processo legal; contraditório; ampla defesa; motivação das decisões e proibição da prova ilícita.

Será feita uma breve explanação acerca de alguns destes princípios constitucionais ligados ao processo, no entanto, o princípio da proibição da prova ilícita que é pedra de toque no que concerne ao presente trabalho em capítulo específico.

3.1 PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

De plano se esclarece que a doutrina tem considerado o devido processo legal como o maior exemplo de cláusula geral, que é "uma espécie de texto normativo, cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e o consequente (efeito jurídico) é indeterminado".[32]

Isto porque, seu conteúdo é amplo e varia de acordo com o tempo e lugar. Aliás, o caráter histórico do devido processo legal é inegável, haja vista que ao decorrer dos séculos houveram incontáveis conquistas, aumentando seu conteúdo e significado.

A noção de devido processo legal é tão antiga que remonta ao Édito de Conrado II (Decreto Feudal Alemão de 1037 d.C.) sendo posteriormente novamente utilizada em 1354 d.C, no reinado de Eduardo III na Inglaterra.[33]

Após isso, diversos outros documentos legais o utilizaram, a exemplo da Magna Carta de 1215.

Devido processo legal tem origem na expressão inglesa "*due process f law"*, no entanto, "*law*" não deve ser entendida em sentido estrito de lei, e sim no sentido amplo de

---

[31] BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito Processual Civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei n. 13.105 de 16-03-2015*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 39

[32] DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. vol.1. 15º ed. Salvador: Juspodivm. 2013. P.32

[33] Op. Cit. p.46

Direito. Desta forma, devido processo legal não é apenas aquele que respeita as leis, e sim todo o Direito.

A denominação deste princípio mundo afora é distinta, haja vista que, por exemplo, quando os italianos se referem ao devido processo legal o tratam como *processo giusto,* os portugueses como "*processo equitativo"* e os europeus como "*fair trial"*.

No entanto, em apertadíssima síntese, o conteúdo do princípio do devido processo legal ao redor do mundo, ainda que com suas peculiaridades, está ligado a existência de condições mínimas que o processo deve se desenvolver, possibilitando ao Estado-juiz atuar de modo a solucionar os conflitos de interesses postos a sua jurisdição.

Na Constituição Federal Brasileira de 1988 o referido princípio encontra guarida no artigo 5º, LIV: "*ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*". É ele, portanto, um direito fundamental.

O devido processo legal implica no dever de respeito aos ditames constitucionais, sem prejuízo das demais normas, em razão disso é comum a nomenclatura "devido processo constitucional".

Assim, a Constituição traça um parâmetro de atuação jurisdicional e especialmente processual do Estado brasileiro.

O devido processo legal é a instrumentalização de ferramentas jurídicas de modo a possibilitar que, aquele que pretende exercitar o seu direito de ação o faça com o amparo de regras.

Nesse ponto, vale esclarecer que a doutrina tem subdivido o devido processo legal em formal e substancial. No primeiro deles, há o respeito *formal* ao contraditório, a ampla defesa, ao juiz natural entre outros. É, portanto, o aspecto tradicional do devido processo legal.

Já no devido processo legal substancial, que é oriundo da doutrina norte americana, o processo devido não é apenas aquele que respeita as garantias formais do processo, mas sim aquele que produz decisões substanciais.

A jurisprudência brasileira, a sua maneira tem entendido o princípio do devido processo legal em seu aspecto substancial como intrinsicamente ligado com os postulados da proporcionalidade e razoabilidade.

Sob este prisma, o próprio Supremo Tribunal Federal em decisão monocrática proferida pelo Ministro Celso de Mello, no RE n. 374.981, em 28.03.2005, publicada no informativo do STF 381 assim se manifestou:

> Não se pode perder de perspectiva, neste ponto, em face do conteúdo evidentemente arbitrário da exigência estatal ora questionada na presente sede recursal, o fato de que, especialmente quando se tratar de matéria tributária, impõe-se, ao Estado, no processo de elaboração das leis, a observância do necessário coeficiente de razoabilidade, pois, como se sabe, todas as normas emanadas do Poder Público devem ajustar-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, **o princípio do "substantive due process of law" (CF, art. 5º, LIV), eis que, no tema em questão, o postulado da proporcionalidade qualifica-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais, consoante tem proclamado a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RTJ 160/140-141 - RTJ 178/22-24, v.g.)**: "O Estado não pode legislar abusivamente. A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância de diretriz fundamental, que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público. O princípio da proporcionalidade - que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do substantive due process of law - acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. A norma estatal, que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade, presta obséquio ao postulado da proporcionalidade, ajustando-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do substantive due process of law (CF, art. 5º, LIV). Essa cláusula tutelar, ao inibir os efeitos prejudiciais decorrentes do abuso de poder legislativo, enfatiza a noção de que a prerrogativa de legislar outorgada ao Estado constitui atribuição jurídica essencialmente limitada, ainda que o momento de abstrata instauração normativa possa repousar em juízo meramente político ou discricionário do legislador."(RTJ 176/578-580, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno) **Grifo do autor**[34]

Como se denota do trecho do voto acima transcrito a proporcionalidade tem o fito de coibir irrazoabilidades e neutralizar abusos estatais, e mais, pode ser considerado inclusive como parâmetro de aferição de constitucionalidade.

Ainda nesse sentido, Carlos Augusto de Assis entrelaça o princípio da proporcionalidade com o devido processo legal[35]. O mesmo autor ainda discorre que:

> Essa semelhança entre proporcionalidade e devido processo legal substancial é, a nosso ver, muito interessante para a nossa análise, por vários motivos: a) como adiantado acima, ajuda a esclarecer o conteúdo do devido processo legal substancial, que, abstratamente considerado, é vago e impreciso; b) ajuda a desfazer a ideia equivocada de que a acepção substancial do *due process of law* não seria aplicável em países do sistema romano-germânico, com menor liberdade para o julgador do que os do tipo *judge makes law* ...; c)

---

[34] Disponível em: < http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo381.htm> Acesso 18 dez 2015

[35] ASSIS, Carlos Augusto de. *Antecipação da Tutela*. São Paulo: Malheiros. 2001. p.63

> reforçar a ideia de equilíbrio que permeia todo o processo civil, como no clássico dilema entre celeridade e segurança."[36]

Na mesma ótica supra mencionada Jefferson Aparecido Dias destaca que:

> Deixou de se dar ao referido princípio um conteúdo meramente formal e instrumental, atribuindo-lhe uma nova força que permitia questionar o mérito da atuação estatal. O Judiciário não mais se limitava a verificar se o ato do Poder Público estava de acordo com a forma previamente estabelecida em lei, chegando a analisar o conteúdo do próprio ato, anulando-o nos casos em que ele se revelava irrazoável ou declarando a inconstitucionalidade de leis não-razoáveis. Foi estabelecida a "rule of reason" (regra da razão) ou o padrão da reansonableness (razoabilidade), que permite ao Poder Judiciário analisar, caso a caso, os atos do Poder Executivo e do Poder Legislativo, verificando se a atuação estatal é 'não arbitrária' e se ela parece 'sensata, digna de aplauso e comprrensível aos intérpretes' (RODRIGUES, Lêda Boechat, A Corte Suprema e o direito constitucional americano. Rio de Janeiro: Forense, 1958. P.140. **Assim, o devido processo legal substantivo foi adotado como sinônimo de razoabilidade**." **Grifo do autor** [37]

Do exposto se denota que o devido processo legal faz com que o Estado-juiz atue em um modelo pré-estabelecido de garantias mínimas, conferindo segurança jurídica aos jurisdicionados. Assim, não se pode duvidar que tal princípio é norteador de toda atividade jurisdicional do Estado.

Com efeito, o princípio do devido processo legal é um "princípio-síntese", no qual se encerra a ideia de todos os elementos necessários a um processo justo e equânime.[38]

A Constituição brasileira optou dividir expressamente o princípio do devido processo legal em vários outros, de modo a fornecer maiores garantias ao jurisdicionados, bem como restringindo interpretações que reduzam seu alcance. Deste modo, o princípio do devido processo legal tem em si um conjunto de diversos outros princípios.

De todo o exposto, só se pode inferir que um devido processo legal é na experiência brasileira um *devido processo constitucional,* haja vista ser necessário o respeito ao "modelo constitucional do direito processual civil".

---

[36] ASSIS, Carlos Augusto de. *Antecipação da Tutela*. São Paulo: Malheiros. 2001. p.64/65

[37] DIAS, Jefferson Aparecido. Princípio do Devido Processo Legal. In. Princípios processuais civis na Constituição. Coord. OLIVEIRA NETO, Olavo de e LOPES, Maria Elizabeth de Castro. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. P.10

[38] BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito Processual Civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC* – Lei n. 13.105 de 16-03-2015. São Paulo: Saraiva, 2015. p.41

3.2 PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional consubstancia-se na vedação de que a legislação impeça ou restrinja abusivamente o acesso à tutela jurisdicional. O princípio sob debate tem previsão no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal ao estabelecer que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Devido a sua tamanha importância, o atual Código de Processo Civil (Lei 13.105 de março de 2015) também o positivou em seu artigo 3º.

Tal postulado tem fundamento na premissa de que a ninguém é licito fazer justiça utilizando-se dos próprios meios, de tal sorte que, se o Estado não permite que isso ocorra, deve então fornecer meios de solução de conflitos. Nesse sentido é excerto do voto do Ministro Ricardo Lewandowski no RE 592581, vejamos:

> O postulado da inafastabilidade da jurisdição é um dos principais alicerces do Estado Democrático de Direito, pois impede que lesões ou ameaças de lesões a direitos sejam excluídas da apreciação do Judiciário, órgão que, ao lado do Legislativo e do Executivo, expressa a soberania popular.
> Trata-se de um verdadeiro marco civilizatório, que prestigia a justiça contra o força, sobretudo a moderação diante do arbítrio, na solução dos litígios individuais e sociais. Resulta de uma longa evolução histórica, em que se superou a concepção bíblica resumida na expressão "olho por olho, dente por dente", materializada já no vetusto Código de Hamurabi.[39]

Assim, por não ser lícito, via de regra, a autotutela, a inafastabilidade do controle jurisdicional confere a todos que necessitam o direito de ter uma resposta jurisdicional, e mais, a uma tutela adequada e efetiva. Nesse sentido:

> [...] o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional manda que as pretensões sejam aceitas em juízo, sejam processadas e julgadas, que a tutela seja oferecida por ato do juiz àquele que tiver direito a ela – e, sobretudo, que ela seja efetiva como resultado prático do processo.[40]

Dito de outro modo, não basta que haja a tutela jurisdicional, tem ela de ser efetiva. Tal efetividade é sem sombra de dúvida uma das principias preocupações do Código de

---

[39] (RE 592581, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 13/08/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-018 DIVULG 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016)

[40] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Ed. Malheiros: São Paulo, 2013. P. 203/204.

Processo Civil (Lei 13.105 de março de 2015), de tal sorte que ficou estampado no anteprojeto do mencionado Código que seu escopo era [...] garantir um novo Código de Processo Civil que privilegie a simplicidade da linguagem e da ação processual, a celeridade do processo e a **efetividade do resultado da ação**, além do estímulo à inovação e à modernização de procedimentos, garantindo o respeito ao devido processo legal. [41]

Evidentemente a inafastabilidade, como nenhum outro direito fundamental é absoluta, isto porque, na apreciação da lide o Estado-juiz além de verificar se o autor tem direito ou não ao que pretende, tem também o poder-dever de verificar se a demanda preenche as condições da ação, justamente na ideia de respeito ao Devido Processo Legal.

Foi o que ocorreu, por exemplo, no caso do julgamento Recurso Extraordinário (RE) 631240[42] com repercussão geral reconhecida, no qual, o Supremo Tribunal Federal decidiu, em síntese, que não fere o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional a exigência de prévio requerimento administrativo ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), como demonstração de interesse de agir.

Nesse contexto, é de se lembrar que o Poder Judiciário devido a sua atual maior abertura, sofre com um fluxo volumoso de processos, o que faz como que o legislador tome medidas, não raras as vezes, inconstitucionais com a finalidade de redução destes.

Nesse sentido foi o entendimento do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento acerca da constitucionalidade da Lei nº 6.816/2007 de Alagoas na ADI 4161[43], ao estabelecer como inconstitucional a exigência de depósito prévio de 100 % do valor da condenação para a interposição de recurso nos Juizados Especial Cíveis do Estado do Alagoas. Neste julgado, dentre outras conclusões se entendeu haver uma limitação abusiva a jurisdição, sendo de rigor seu afastamento.

Das decisões supracitadas pode se verificar que o Estado pode condicionar o ingresso em juízo a determinadas condições, todavia, não pode traçar barreiras de dificílima ou impossível transponibilidade para acesso à jurisdição.

---

[41] Brasil. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. – Brasília : Senado Federal, Presidência, 2010. P.11 Disponível em: < https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf> Acesso em 08 de janeiro de 2017

[42] (RE 631240, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/09/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-220 DIVULG 07-11-2014 PUBLIC 10-11-2014)

[43] (ADI 4161, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 30/10/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-027 DIVULG 09-02-2015 PUBLIC 10-02-2015)

Em síntese, o conteúdo do princípio em cotejo, permite a proteção à qualquer ameaça de lesão ou lesão a direitos, ou seja, o Estado procurará solucionar os casos em que já houver havido à lesão ao passo que também envidará esforços para que este não ocorra.

3.3 PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA

O princípio do acesso à justiça encontra guarida no artigo 5º XXXV da Constituição Federal, tendo como finalidade o amplo acesso dos cidadãos ao Poder Judiciário, independentemente de sua classe social, escolaridade ou quaisquer outras condições pessoais.

Infelizmente, por mais simples que possa parecer tal postulado, nem sempre o acesso à justiça foi fácil. Notando esta problemática, Mauro Cappelletti e Bryant Garth na célebre obra "Acesso à Justiça" dissertando sobre as finalidades básicas de um sistema jurídico entendem que seu amplo acesso é uma delas. Vejamos:

> A expressão "Acesso à Justiça" é reconhecidamente de difícil definição, mas para se determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. O primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.[44]

Como se vê, para a concretização do acesso à justiça há a necessidade de superação de obstáculos de qualquer natureza, principalmente os sociais e econômicos.

Em percuciente observação, os mesmos autores pontuam que o acesso à justiça é um dos direitos fundamentais de maior importância, pois serve ele de "ponte" para a chegada a outros direitos. Destaca-se:

> O direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para a sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos".[45]

---

[44] CAPPELLETTI, Mauro.; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. de Ellen Gracie Northfllet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 8.

[45] Op.cit.

Na legislação brasileira, exemplo que se destaca no que concerne a efetivação do princípio do acesso à justiça é a Lei 9.099/95, de 26 de setembro de 1995, evitando assim o que Watanabe denomina de "litigiosidade contida" referindo-se aos conflitos que ficam sem solução, inclusive não chegando ao conhecimento do judiciário, trazendo grandes riscos à tranquilidade e paz social.[46] Nesse mesmo sentido é o ensinamento de Tourinho:

> Percebeu o legislador que não basta garantir ao jurisdicionado – sobretudo ao mais humilde e desafortunado – o direito de ação (direito de acesso à jurisdição), **fazendo-se imprescindível a viabilização do amplo e irrestrito acesso à ordem jurídica justa**.
> Para atingir esse desiderato, não bastaria colocar à disposição dos cidadãos um mecanismo ágil e eficiente de prestação da tutela jurisdicional estatal.
> Era necessário não **criar nenhum obstáculo de ordem financeira**, garantindo, desta forma, que todos os conflitos intersubjetivos de interesses não solucionados sem a interferência do Estado-Juiz (espontaneamente) fossem levados aos tribunais, evitando-se a litigiosidade contida ou a 'justiça informal' paralela".[47] **Grifo nosso**

Denota-se que a Lei dos Juizados Especiais (Lei 9.099/95, de 26 de setembro de 1995) ao eliminar as despesas processuais em primeiro grau, conforme seu artigo 55, inegavelmente facilitou o acesso à justiça.

Não se pode deixar de anotar a observação de José Afonso da Silva que entrelaça o princípio do acesso à justiça ao do contraditório e da ampla defesa, de modo a possibilitar a conclusão de que o direito de ação é aplicável inclusive contra quem se age. Nesse sentido:

> O art. 5º, XXXV, consagra o direito de invocar a atividade jurisdicional como direito público subjetivo. **Não se assegura, aí, apenas o direito de agir, o direito de ação.** Invocar a jurisdição para a tutela de direito é também direito daquele contra quem se age, contra quem se propõe a ação. **Garante-se a plenitude da defesa**, agora mais incisivamente assegurada no inciso LV do mesmo artigo: 'aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.[48] **Grifo nosso**

---

[46] MELO, Carolina Kerley Oliveira; OLIVEIRA, Valéria Edith de Carvalho de. *O Acesso à função jurisdicional pelos Juizados Especiais Cíveis Estaduais em face à Constituição da República.* Disponível em: http://npa.newtonpaiva.br/letrasjuridicas/?p=872 Acesso em 05 de março de 2017 apud WATANABE, Kazuo. Juizado Especial de Pequenas Causas. São Paulo: Saraiva 1985. p.02

[47] TOURINHO NETO, Fernando da Costa. *Juizados especiais estaduais cíveis e criminais*: comentários à Lei 9.099/1995. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 363.

[48] DA SILVA, José Afonso. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 133

Arrematando, Flávio Luís de Oliveira pontua que: "[...] o Acesso à Justiça requer um processo justo, à luz de uma Justiça imparcial, que permita não apenas a participação igualitária das partes independentemente das diferentes posições sociais, mas sobretudo, a efetiva realização de direitos".[49]

Desta forma, por força deste princípio não pode ser subtraído do Poder Judiciário a apreciação de qualquer lesão ou ameaça a direitos, sob pena de vilipêndio a direito fundamental.

3.4 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

O artigo 5º, LV da CF positiva no ordenamento jurídico pátrio o princípio do contraditório ao estabelecer que "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

Com a propriedade e precisão que lhe é habitual José Rogério Cruz e Tucci pontua que:

> O princípio constitucional do contraditório – e o seu desdobramento na garantia do direito de defesa – corresponde a um postulado considerado eterno. Realmente, nenhuma restrição de direitos pode ser admitida sem que se propicie à pessoa interessada a produção de ampla defesa (nemo inauditus damnari potest), e, consequentemente, esta só poderá efetivar-se em sua plenitude com o estabelecimento da participação ativa e contraditória dos sujeitos parciais em todosos atos e termos do processo.
> É que, aliás, ampliando, explicitamente, tradicional regra de nosso ordenamento jurídico, a garantia do contraditório foi elevada ao plano constitucional, no Brasil, pela Constituição de 1946 (art. 141, § 25), tendo sido conservada na Carta de 1967, com a redação que lhe deu a Emenda nº 1, de 1969 (art. 153, § 16), e reiterada na atual CF no inciso LV do art. 5º: "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".
> O processo judicial, arbitral ou administrativo, como instituição eminentemente dialética, em qualquer de suas vertentes, encontra-se sob a égide do princípio do contraditório. Não se faz possível conceber um processo unilateral, no qual atue somente uma parte, visando à obtenção de vantagem em detrimento do adversário, sem que se lhe conceda oportunidade para apresentar as suas razões. Se não deduzi-las, a despeito de ter sido convocado, sofrerá os ônus da

[49] OLIVEIRA, Flávio Luís de. *Princípio do Acesso à Justiça*. In. Princípios processuais civis na Constituição. Coord. OLIVEIRA NETO, Olavo de e LOPES, Maria Elizabeth de Castro. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. P.79

> inatividade, situação que lhe poderá ser prejudicial. O contraditório, ademais, deve igualmente ser observado no desenvolvimento do processo, para que ambos os protagonistas, em franca colaboração com o juiz, possam efetivamente participar e influir no provimento final.
> Acrescente-se que, garantindo aos sujeitos parciais uma equivalência nas respectivas posições, por eles assumidas, o princípio do contraditório sedimenta-se na possibilidade de atuação não em momentos episódicos, mas em todo o iter procedimental, numa sequência de atuações, estratégias e reações, que tornam efetiva a ampla defesa, evitando-se indesejada "decisão-surpresa".
> É sabido que a plenitude da contraditoriedade, exercida no processo de conhecimento, não tem a mesma extensão no âmbito da fase de cumprimento de sentença ou no do processo de execução. Seja como for, na execução, tanto o exequente quanto o executado têm direito de ser cientificados dos atos processuais. As partes, no cumprimento de sentença e na execução, podem recorrer dos pronunciamentos judiciais. Diante de eventual questão a ser enfrentada pelo juiz, devem ser intimadas para manifestar-se, contribuindo com o convencimento do magistrado, em atividade tipicamente cooperativa.[50]

Alexandre Freitas Câmara considera o princípio do contraditório como o mais importante desdobramento do princípio do devido processo legal.[51]

Aliás, devido a sua tamanha importância não é demais dizer que não existe devido processo legal sem contraditório.[52]

O contraditório compreende " 'ciência e resistência' ou 'informação e reação'. O primeiro deles é *indispensável*; o segundo, *eventual* ou *possível".*[53] Segundo Aroldo Plínio Gonçalves o contraditório se desdobra no binômio ciência + possibilidade de manifestação.[54]

Assim, o contraditório compreende mais do que mera ciência formal do ato processual praticado, está inserido nele também a possibilidade de participação, de modo a influenciar na decisão que será tomada pelo magistrado e no curso do processo como um todo. E é justamente sob este viés que o princípio do contraditório se entrelaça com a cooperação.

---

[50] CRUZ E TUCCI, José Rogério et al. *Código de Processo Civil Anotado*. 2015. P.19

[51] CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2013. P. 58

[52] DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo.* 2º. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. P. 178

[53] BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito Processual Civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei n. 13.105 de 16-03-2015*. São Paulo: Saraiva, 2015. p.42

[54] GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992. p. 126

Por sua vez, a tutela jurisdicional será legitima quando possibilitar a aplicação deste princípio de modo efetivo e equilibrado.[55]

No entanto, vale lembrar que o exercício de tal princípio não significa que o magistrado não possa decidir questões urgentes sem a oitiva da outra parte (*inaudita altera parte)*. Isso não significa dizer que não haverá contraditório, na verdade ele será exercido após a realização do ato processual.

Caso fosse dado ciência a parte adversa do ato a ser praticado na grande maioria dos casos a medida tornar-se-ia inócua, não havendo que se falar em violação ao princípio em comento.

Com o atual Código de Processo Civil (Lei 13.105 de março de 2015) nem mesmo questões de ordem pública que poderiam ser conhecidas pelo magistrado de ofício autorizam a ofensa ao contraditório, de modo a evitar as chamadas "decisões surpresa".

Desta forma, o contraditório visto sob o prisma constitucional inclui também a atividade do magistrado[56]. A exemplo disso se pode citar os artigos 9º[57] e 10º[58] do NCPC.

Em razão disso, o processo deve ser dialógico e participativo, de modo a possibilitar a intervenção dos interessados, por exemplo, afastando uma errônea interpretação do juízo acerca de prescrição ou decadência.

Isto porque, eventual decisão que as declarasse sem a oitiva das partes poderia ser equivocada, vez que estas poderiam trazer aos autos elementos interruptivos ou suspensivos destas. Na mesma linha de raciocínio a decisão causaria prejuízo a marcha processual, em um

---

[55] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. P.95

[56] BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito Processual Civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei n. 13.105 de 16-03-2015*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 42

[57] Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Pargrafo único. O disposto no caput não se aplica:

I - à tutela provisória de urgência;

II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III;

III - à decisão prevista no art. 701.

[58] Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

momento em que o processo pretende ser "efetivo", vez seria objeto de reforma por via Embargos de Declaração com efeitos infringentes ou ainda por determinação dos Tribunais.

Maria Elizabeth de Castro Lopes, sintetizando entendimento de Comoglio, Ferri e Taruffo entende que o contraditório deve possuir um conteúdo mínimo, sendo ele:

> a) igualdade das partes, não apenas no sentido formal mas também substancial; b) possibilidade de defesa técnica, mediante assistência de defensor profissionalmente qualificado; c) adequação qualitativa das possibilidades de alegação e produção de provas capaz de influenciar a formação do convencimento do juiz; d) direito a adequada informação dos atos processuais; e) direito a motivação das decisões, entre outros.[59]

Ocorre que, infelizmente boa parte deste conteúdo mínimo não é respeitado, as vezes contando com a chancela do próprio Supremo Tribunal Federal. Exemplo disso é a edição da Súmula Vinculante nº 5, que preceitua que "A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição."

Dito de outro modo, se entende como válida a defesa realizada muitas vezes pelo próprio acusado, salvo melhor juízo, em descompasso com o adequado contraditório.

Não se pode deixar de frisar que alguns vislumbram que o respeito ao contraditório necessariamente implica no direito à prova.

> A ideia de contraditório não se exaure na defesa. Não basta que se assegure ao réu oportunidade de contestar o pedido ou executado, de oferecer impugnação ou embargos.
> A regra geral é de que às partes incumbe o ônus da prova: ao autor, a prova dos fatos constitutivos; ao réu, a dos extintivos, modificativos e impeditivos.
> Naturalmente, ao juiz foram concedidos poderes instrutórios, mas isso não dispensa a atuação das partes na demonstração de suas alegações.
> Fala-se, portanto, no ônus da prova como um encargo que a lei impõe às partes, ou seja, podem optar em provas as suas alegações e provavelmente lograr êxito em seu pedido ou deixar de fornecer os elementos necessários para a formação da convicção do juiz e, então, correr o risco de derrota.
> O ônus da prova é, porém, apenas um aspecto da questão. **A prova deve ser vista, também, como um direito, como projeção do princípio do contraditório.[60] Grifo Nosso**

O contraditório deve sempre coexistir com os demais princípios, em especial com a efetividade, que atualmente é a uma das principais buscas de nosso sistema processual

---

[59] LOPES, Maria Elizabeth de Castro. *Princípio do Contraditório*. In. Princípios processuais civis na Constituição. Coord. OLIVEIRA NETO, Olavo de e LOPES, Maria Elizabeth de Castro. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. P.105

[60] Op.cit.

civil. Desta feita, incumbe a todos envolvidos na relação processual, mas principalmente ao magistrado, o controle do exercício de um contraditório pleno, mas também preocupado com a efetividade do processo.

3.5 PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA

O fundamento constitucional do princípio da ampla defesa está contido no artigo 5º, LV, da Constituição Federal.

A ampla defesa possibilita a utilização de todos os meios legais ao alcance das partes na defesa de suas pretensões.

É necessário destacar ainda que contraditório e ampla defesa tem em si ligação praticamente umbilical. Neste sentido é o que leciona Delosmar Mendonça Júnior "[...] são figuras conexas, sendo que a ampla defesa qualifica o contraditório. Não há contraditório sem defesa. Igualmente é lícito dizer que não há defesa sem contraditório. [...] o contraditório é o instrumento de atuação do direito de defesa, ou seja, esta se realiza através do contraditório.[61]

A ampla defesa, além de ter evidente aplicabilidade nos processos judiciais tem também nos procedimentos de natureza disciplinar. Este é o entendimento constantemente reafirmando pelo Supremo Tribunal Federal:

> EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MUNICÍPIO. DECLARAÇÃO DE DESNECESSIDADE DE CARGO. SERVIDOR PÚBLICO OCUPANTE DE CARGO EFETIVO, EM ESTÁGIO PROBATÓRIO. EXONERAÇÃO AD NUTUM E SEM CRITÉRIOS OBJETIVOS. IMPOSSIBILIDADE**. O servidor público ocupante de cargo efetivo, ainda que em estágio probatório, não pode ser exonerado ad nutum, com base em decreto que declara a desnecessidade do cargo, sob pena de ofensa à garantia do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa**. Incidência da Súmula 21 do STF. Recurso a que se dá provimento, para determinar a reintegração dos autores no quadro de pessoal da Prefeitura Municipal de Bicas (MG).(RE 378041, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 21/09/2004, DJ 11-02-2005 PP-00013 EMENT VOL-02179-03 PP-00407 RTJ VOL-00195-02 PP-00677 RIP v. 6, n. 29, 2005, p. 293-295 LEXSTF v. 27, n. 315, 2005, p. 257-262 RMP n. 27, 2008, p. 375-378) **Grifo Nosso**

[61] MENDONÇA Jr, Delosmar. *Princípios da ampla defesa e da efetividade no processo civil brasileiro.* São Paulo: Malheiros. 2001. P.55

Contudo, a existência da ampla defesa não pode ser tida como elemento apto a obrigador o magistrado a aceitar todos os pedidos probatórios. Nesse sentido:

> EMENTA: I - Recurso extraordinário: prequestionamento: ampla defesa: art. 5º, LV, da Constituição: conteúdo mínimo. **1. A garantia constitucional da ampla defesa tem, por força direta da Constituição, um conteúdo mínimo, que independe da interpretação da lei ordinária que a discipline (RE 255.397, 1ª T., Pertence, DJ 07.05.2004)**. [...]
> III. Recurso extraordinário: inadmissibilidade: inocorrência de ofensa à garantia da ampla defesa. 1**. Não há afronta à garantia da ampla defesa no indeferimento de prova desnecessária ou irrelevante.** [...]
>
> (RE 345580, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 17/08/2004, DJ 10-09-2004 PP-00059 EMENT VOL-02163-02 PP-00372) **Grifo Nosso**

Além do fato de que o julgador não é obrigado a aceitar todos os pedidos relativos à prova, destaca-se desse julgado a aplicabilidade imediata deste princípio, independentemente de qualquer lei ordinária que o regule, justamente for ser direito fundamental, nos termos do artigo 5º, § 1º da Constituição Federal.

Desta feita, ao assegurar a ampla defesa não se está garantido uma defesa ilimitada, mais sim a mais completa o possível.

Segundo o magistério de João Batista Lopes, citando Joan Picó I Junoy a ampla defesa também implica no direito à prova.

> Se encuentra intimamente ligado al de de defensa, o si se quiere es instrumental, complementario, o una concreción del mismo, em la medida en que este último no es posible si se impede a alguna de las partes el derecho de traer al proceso los médios justificativos o demonstrativos de las próprias alegaciones o los que desvirtúan las de la parte contrária. Por esta razón, tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional, em numerosas ocasiones, han configurado el derecho a la prueba como inseparable del derecho mismo a la defensa, o lo que es idêntico, como consecuencia directa del derecho de defensa del art. 24.2 C. E.[62]

Portanto, não é possível conceber um processo justo que não conceda ampla produção provatória às partes.

---

[62] LOPES, João Batista. *Princípio do ampla defesa.* In *Princípios processuais civis na Constituição*. Cood. OLIVEIRA NETO, Olavo de e LOPES, Maria Elizabeth de Castro. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. P. 126/127 APUD JUNOY, Joan Picó I. El derecho a la prueba em le proceso civil. Barcelona: J.M Bosch Editor, 1996. P. 35

Assim, a ampla defesa em sua mais completa acepção é necessária a um processo que pretenda respeitar o modelo constitucional.

3.6 PRINCÍPIO DA ISONOMIA

O princípio da isonomia, além de outros dispositivos, é assegurado de um modo mais amplo no artigo 5º da Constituição Federal, tendo conotação de direito fundamental. Nesse sentido, José Augusto Delgado disserta que:

> O princípio da igualdade tem por finalidade garantir a identidade de situação jurídica para o cidadão. Não se refere, conforme se depreende do texto constitucional, a um aspecto ou a uma forma de organização social; existe como um postulado de caráter geral, com a missão de ser aplicado em todas as relações que envolverem o homem. É um direito fundamental que exige um comportamento voltado para que a lei seja tratada de modo igual para todos os cidadãos.[63]

Por ser direito fundamental, "aplicado a todas relações que envolvem o homem" também não poderia ser de outra forma no âmbito processual, aliás, é ela praticamente consequência lógica do que se pode entender como processo justo.

Justamente por isso, garantir a igualdade no processo é dever do magistrado estampado no artigo 139, I [64]do Código de Processo Civil. Por isso, deve o magistrado velar pela igualdade de condições no litígio, fornecendo "paridade de armas".

Por paridade de armas se pode entender a obrigação de fornecer a qualquer parte a possibilidade razoável de apresentar sua causa em condições que não sejam de clara desvantagem em relação a seu adversário.[65]

---

[63] DELGADO, José Augusto. A supremacia dos princípios nas garantias processuais do cidadão. 2005.

[64] Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

I - assegurar às partes igualdade de tratamento;

[...]

[65] CANTOARIO, Diego Martinez Fervenza. *O acesso à justiça como pressuposto da paridade de armas entre os litigantes no processo civil*. Revista Direito e Política, v. 3, n. 2, p. 155-179, 2015.

Nesta toada é o teor do artigo 7º do Código de Processo Civil ao afirmar que: *É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.*

Como visto, a isonomia no processo implica na necessidade de paridade de armas e, por isso, necessariamente também se correlaciona com diversos outros princípios, como, por exemplo, o do contraditório. Nesse sentido é a lição de Leonardo Greco:

> A doutrina processual sempre subordinou a garantia do contraditório à igualdade das partes, a que hoje se denomina de paridade de armas, pois, para que as partes possam influir eficazmente na formação da decisão judicial, todas elas devem desfrutar das mesmas faculdades e nenhuma delas deve ter mais do que as outras a possibilidade de oferecer alegações, propor e produzir provas.[66]

Percebe-se então que a igualdade no processo é suma importância, pois sem ela não há como as partes realmente influírem no convencimento do juiz, impedindo a sempre almejada busca de um julgamento justo.

Se para alguns o processo é um jogo, que nele as partes tenham as mesmas chances de vitória[67], daí o porquê a isonomia é vital ao processo.

Há vários exemplos dessa incansável tentativa de tornar o processo isonômico, como o artigo 1.003 § 5 do Código de Processo Civil, que estabelece o mesmo prazo para interpor e para responder recursos. Com o mesmo intuito pode o magistrado dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito, tudo nos termos do artigo 139, VI do Código de Processo Civil, dentre outros.

Não se desconhece, porém, que há situações de nítida desigualdade para os litigantes, tendo tal princípio a função de equilibrar essa situação, justamente porque a premissa de que "todos são iguais perante a lei" trata-se de ficção jurídica.[68]

De fato, as diferenças existem, e precisam ser respeitadas, devendo o princípio em comento ser aplicado na tentativa de existir um processo mais justo e equânime o possível.

---

[66] GRECO, Leonardo. *A busca da verdade e a paridade de armas na jurisdição administrativa*. Revista da Faculdade de Direito de Campos, n. 9, 2006.

[67] CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 24ed. São Paulo: Atlas, 2013. P.50

[68] Op. cit. p.51

3.7 PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL

Antes de adentrar ao tema propriamente dito vale dizer que embora a nomenclatura seja princípio do juiz natural ele não se refere a pessoa do magistrado, e sim ao órgão jurisdicional imbuído de competência. Em razão disso parcela da doutrina entende que a melhor denominação seria *"princípio do juízo natural"*.[69]

Para alguns[70], este princípio é proveniente de tempos medievais em que se buscava que o julgamento fosse feito por pessoas integrante do mesmo grupo social, de modo a melhor compreender as circunstâncias pessoais e fáticas que originou o fato a ser julgado.

O princípio ora em comento, devido a sua absoluta importância é protegido por diversos instrumentos internacionais desde remotas épocas até a presente data. *Ad Argumentum* ele pode ser encontrado na *Petition of Rights* de 1627; no *Bill of Righst* de 1688.

É necessário mencionar que nestes documentos havia apenas a proteção quanto a criação de tribunais de exceção, ou seja, se analisava o princípio apenas em uma visão unidimensional.

Foi à partir da Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia de 1776, que o princípio passou a ser analisado bidimensionalmente, de modo a não permitir que houvesse tribunais de exceção e que os julgamentos fossem realizados por pessoas determinadas por regras pré-estabelecidas. [71]

Destarte, a primeira previsão Constitucional se deu em França como leciona Coneglian:

> Na França, a primeira previsão constitucional ocorreu no art. 4º, do Capítulo, V, do Tít. III, da Constituição de 3 de setembro de 1791: *"Les citoyens ne peuvent être distraits des juges que la loi levs assigne par aucunes comissions ni par d'autres atributions et évocations que celles qui sont determinées par les lois".*[72]

---

[69] OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO. Elias Marques de; COZZOLINO DE OLIVEIRA, Patrícia Elias. *Curso de Direito Processual Civil*. 1. ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2015. P. 93

[70] CONEGLIAN, Olivar Augusto Roberti. *Princípio do juiz natural.* In *Princípios processuais civis na Constituição*. Cood. OLIVEIRA NETO, Olavo de e LOPES, Maria Elizabeth de Castro. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. P. 156

[71] Op. cit. 156

[72] CONEGLIAN, Olivar Augusto Roberti. *Princípio do juiz natural.* In *Princípios processuais civis na Constituição*. Cood. OLIVEIRA NETO, Olavo de e LOPES, Maria Elizabeth de Castro. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. P. 156

Vale dizer, tal princípio ao mesmo tempo que assegura ao cidadão o direito de que o tribunal que realizará o julgamento preexista, de modo a não haver tribunais de exceção, e um julgamento por juízo constitucionalmente estabelecido, confere legitimidade a própria decisão, vez que incumbe ao Estado a heterocomposição de conflitos.

No direito pátrio o princípio do juiz natural está contido no artigo 5º inciso XXXVII[73] e LIII[74] da CF/88, sendo, portanto, direito fundamental.

Em síntese, para ser considerado válido o julgamento o órgão que julgará o feito deverá preexistir, e, além disso, ser aquele com a competência atribuída pela Constituição.

Se pode notar, portanto, que tal princípio tem direta correlação com os princípios da imparcialidade e da isonomia, pois busca tratamento igualitário dos jurisdicionados perante o Estado-juiz.

A existência do princípio do juiz natural evidentemente não obsta a criação de *justiças* ou varas especializadas, posto que, as primeiras são criadas inclusive conforme ditames constitucionais, não havendo, portanto, nenhuma ofensa. Já quanto as segundas sua criação também não fere o princípio, porque além de otimizar o julgamento imprimindo maior eficiência e celeridade, estas são preestabelecidas e sua distribuição é aleatória a juízes com competência constitucionalmente atribuída.

Sintetizando o conteúdo do princípio do juiz natural Renato Brasileiro de Lima citando Scarance Fernandes entende que: 1) só podem exercer jurisdição os órgãos instituídos pela Constituição; 2) Ninguém pode ser julgado por órgão jurisdicional instituído após o fato; 3) entre os juízes pré-constituidos vigora uma ordem taxativa de competência que exclui qualquer alternatividade deferida à discricionariedade de quem quer que seja.[75]

Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal tem entendido este princípio como importante limitador da atividade estatal. Nesse sentido: "O princípio da naturalidade do Juízo - que traduz significativa conquista do processo penal liberal, essencialmente fundado em bases democráticas - atua como fator de limitação dos poderes persecutórios do Estado e representa importante garantia de imparcialidade dos juízes e tribunais."[76]

---

[73] XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção;

[74] LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

[75] BRASILEIRO DE LIMA, Renato. *Manual de Processo Penal.* 3.ed. Salvador: Juspodivm. 2015. P 71 apud SCARANCE FERNANDES, Antônio. *Processo penal constitucional.* 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. P.127

[76] (HC 69601, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 24/11/1992, DJ 18-12-1992 PP-24377 EMENT VOL-01689-03 PP-00416 RTJ VOL-00143-03 PP-00962)

Ada Pellegrini Grinover arrematando com a riqueza de conteúdo que lhe é peculiar tese as seguintes considerações:

> Mais do que simples atributo da função jurisdicional, é vista hodiernamente como seu caráter essencial; e, em decorrência disso, 'a imanência do juiz no processo, pela completa jurisdicionalização deste, leva à reelaboração do princípio do juiz natural, não mais identificado como um atributo do juiz, mas visto como pressuposto para sua própria existência. Eis assim, a naturalidade do juiz erigida em qualificação substancial, em núcleo essencial da função jurisdicional. Mais do que direito subjetivo da parte e para além do conteúdo individualista dos direitos processuais, o princípio do juiz natural é garantia da própria jurisdição, seu elemento essencial, sua qualificação substancial. Sem o juiz natural, não há função jurisdicional.[77]

Nesse contexto, a importância político-jurídica deste princípio resta clara, de tal sorte que incumbe aos Tribunais dar fiel cumprimento a ele.

3.8 PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

O princípio da publicidade tem previsão expressa nos artigos 5, LX; 37, *caput* e 93, X, dentre outros, todos da Constituição Federal.

Em seu bojo este princípio expressa grande preocupação democrática, no sentido de que todos os atos relevantes praticados pelo Poder Público, ressalvadas condições especiais e específicas, devam ser levadas ao conhecimento de todos.

Desta feita, a publicidade confere transparência ao ato, e, por isso, o legitima na medida que propicia meios de controle.

O dever de respeito a publicidade se estende a todos os poderes da república, abrangendo assim, obviamente, o Poder Judiciário.

Desta feita, a publicidade dos atos do Poder Judiciário, em especial os decisórios, confere a eles credibilidade e segurança jurídica ao povo em geral, pois como dito alhures, propicia ferramentas para controlá-los. No mesmo trilhar ensina Nelton Agnaldo Moraes dos Santos:

> Ademais, a publicidade propicia um julgamento independente e imparcial, traduzindo-se, destarte, em garantia da reta aplicação da lei. Prestada a jurisdição publicamente, os destinatários do provimento e – por que não

[77] GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em sua unidade*. Forense, 1984.p.3/4

> dizer – a sociedade como um todo contam com eficiente escudo contra arbitrariedade.[78]

Por sua vez, se chega à conclusão de que o processo é público por excelência, no entanto, em situações especiais pode haver determinada restrição a isso, conforme preconiza o artigo 5º, LX da Constituição Federal e artigo 189 do Código de Processo Civil. Nesse sentido, bem colocou o Ministro Raul Araújo do Superior Tribunal de Justiça. Note-se:

> Assim, como admite o Código de Processo Civil em seu art. 155, e como estabelece a Carta da República nos arts. 5º, LX, e 93, IX, parte final, poderá a publicidade dos atos processuais ser restringida quando for necessário à preservação de outras garantias, valores e interesses fundamentais tutelados, como o direito à intimidade da parte (CF, art. 5º, X), ao sigilo de dados (CF, art. 5º, XII), o resguardo de informações necessário ao exercício profissional (CF, art. 5º, XIV) ou para atender a interesse público, relacionado à segurança da sociedade e do Estado (CF, art. 5º, XXXIII).[79]

Dentre os artigos citados, destaca-se o artigo 189 do Código de Processo Civil, o qual pedimos vênia para transcrever abaixo, por ter delineado de modo mais preciso situações em que o princípio da publicidade cede espaço ao segredo de justiça, muito embora tal rol não seja exaustivo, como já decidiu a Ministra NANCY ANDRIGHI, sendo autorizado o segredo de justiça em outras hipóteses, "quando houver a necessidade de defesa da intimidade" (REsp 605.687/AM TERCEIRA TURMA, DJ de 20/6/2005). Vejamos:

> Art. 189. Os atos processuais são públicos, todavia tramitam em segredo de justiça os processos:
>
> I - em que o exija o interesse público ou social;
>
> II - que versem sobre casamento, separação de corpos, divórcio, separação, união estável, filiação, alimentos e guarda de crianças e adolescentes;
>
> III - em que constem dados protegidos pelo direito constitucional à intimidade;

---

[78] SANTOS, Nelton Agnaldo Moraes dos. *Princípio da Publicidade*. In *Princípios processuais civis na Constituição*. Cood. OLIVEIRA NETO, Olavo de e LOPES, Maria Elizabeth de Castro. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. P.175

[79] (REsp 1082951/PR, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 06/08/2015, DJe 17/08/2015)

> IV - que versem sobre arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo.
>
> § 1o O direito de consultar os autos de processo que tramite em segredo de justiça e de pedir certidões de seus atos é restrito às partes e aos seus procuradores.
>
> § 2o O terceiro que demonstrar interesse jurídico pode requerer ao juiz certidão do dispositivo da sentença, bem como de inventário e de partilha resultantes de divórcio ou separação.

O segredo de justiça, portanto, é exceção, posto que o interesse coletivo à informação, via de regra, é preponderante em face do interesse individual.

3.9 PRINCÍPIO DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Como é sabido, é elemento de validade das decisões judiciais a sua fundamentação, como preconiza o artigo 93, IX e X da Constituição Federal[80]. Todavia, o dever de fundamentação não se restringe aos processos de natureza judicial, atingindo até mesmo os de natureza administrativa, de acordo com o artigo 2º, "*d*" da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965.

Isto porque, é necessária a justificativa pelas quais o julgador chegou a determinada conclusão, garantindo transparência e possibilitando o controle destas decisões pelos órgãos superiores. É, portanto, uma das mais importantes garantias processuais constitucionais.

Em verdade, é inerente a própria natureza humana o questionamento das razões pelas quais se concede ou se nega algum pleito, daí o porquê da existência do princípio.

Sobre a fundamentação das decisões José Miguel Garcia Medina disserta que:

> De acordo com o art. 93, IX da CF/1988, devem ser "fundamentadas todas as decisões" proferidas pelo órgão jurisdicional "sob pena de nulidade". O juiz, na fundamentação da decisão, não deverá ocupar-se apenas de

---

[80] IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

X as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros;

> demonstrar as partes e as demais instâncias judiciais o acerto das ideias veiculadas em seu julgado. Sob uma ótica democrática, também as pessoas em geral, em maior ou menor grau, têm interesse no modo como decidem os juízes (Michele Taruffo, cit. p. 406-407; no mesmo sentido, na doutrina, cf. Tereza Arruda Alvim Wambier, *Omissão e embargos de declaração,* cit., item 7.2). Em alguns casos (p. ex., grau elevado da vaguidade do texto legal, ou solução da controvérsia como determinado tema legal de grande alcance social deve ser compreendido), é ainda mais importante que seja assim, na medida em que isso contribua para o grau de certeza e compreensão do direito. Decidiu-se, corretamente, que decisão sem fundamentação agride o devido processo legal e mostra a face da arbitrariedade estatal, incompatível com o Judiciário democrático" (STJ, REsp 18.731/PR, 4º T., rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira). A fundamentação "viabiliza às partes o duplo grau de jurisdição, além de permitir, a todos, a fiscalização da atuação do Poder Judiciário" (STJ. HC 82.757/RJ, 6º T., j.01.06.2010, rel. Min, Maria Thereza de Assis Moura.[81]

Devido a esta importância o atual Código de Processo Civil no §1º do artigo 489 positivou o dever de motivação, deixando claro o que o legislador entende por decisão não motivada. Segundo este *Codex* considera-se não motiva a decisão que:

> Art. 489. São elementos essenciais da sentença:
>
> I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;
>
> II - os **fundamentos**, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;
>
> III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.
>
> **§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:**
>
> **I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;**
>
> **II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;**
>
> **III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;**
>
> **IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;**

---

[81] MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado***.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015. P. 64

> **V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;**
>
> **VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.**
>
> **[...] Grifo Nosso**

Todavia, ocorre que não são raros os casos em que o dever de fundamentação fica maculado, necessitando da intervenção dos Tribunais Superiores de modo a sanar tal problemática.

Foi justamente o que fez o Ministro Rogério Schietti Cruz no AgInt no RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 70.939 - MG (2016/0121648-0), ao repreender a ausência de fundamentação na decisão que ensejou o recurso. Ao fazê-lo o Ministro delineou o princípio em comento. Destaca-se excerto do texto:

> "No que tange à motivação das decisões jurisdicionais, urge consignar que, consoante imposição do art. 93, IX, primeira parte, da Constituição da República de 1988, "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, **e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade**" (destaquei), exigência que **funciona como garantia da atuação imparcial e *secundum legis* (sentido lato) do órgão julgador**.
> Como bem ensina Antônio Magalhães Gomes Filho, a motivação exerce quer uma função *política*, quer uma *garantia processual*. Como função política, a motivação das decisões judiciais "transcende o âmbito próprio do processo" (*A motivação das decisões penais,* São Paulo: RT, 2001, p.80), alcançando o próprio povo em nome do qual a decisão é tomada, o que a legitima como ato típico de um regime democrático. Como garantia processual, dirige-se à dinâmica interna ou à técnica do processo, assegurando às partes um mecanismo formal de controle dos atos judiciais decisórios, de modo a "atender a certas necessidades de racionalização e eficiência da atividade jurisdicional" (op. cit, p. 95).
> **Presta-se, assim, a motivação das decisões jurisdicionais a servir de controle, da sociedade e das partes**, sobre a atividade intelectual do julgador, para que verifiquem se este, ao decidir, considerou todos os argumentos e as provas produzidas pelas partes e se bem aplicou o direito ao caso concreto.

Outro caso emblemático é o da "*prisão-formulário*", na qual o Ministro Gilmar Mendes do Supremo Tribunal de Federal no HC 128880 MC, julgado em 19/06/2015, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-121 DIVULG 22/06/2015 PUBLIC 23/06/2015) teve de relaxar a prisão de determinado cidadão pois o juiz prolator da decisão que ordenou a prisão o fez com base em um padrão pré-formatado.

O problema da vagueza das decisões é fenômeno antigo, tanto é assim que em 1976 o italiano Vittoria Grevi tratou do tema. Vejamos:

> Trata-se de evitar que a garantia da motivação possa ser substancialmente afastada – o que não é raro ocorrer na prática – mediante o emprego de motivações tautológicas, apodíticas ou aparentes, ou mesmo por meio da preguiçosa repetição de determinadas fórmulas reiterativas dos textos normativos, em ocasiões reproduzidas mecanicamente em termos tão genéricos que poderiam adaptar-se a qualquer situação.[82]

O artigo 489 do Código de Processo Civil acima transcrito, em síntese, deixa claro que embora o poder atribuído ao magistrado seja amplo, especialmente no que tange ao seu poder decisório, sua limitação decorre da Constituição e da lei.

No entanto, não se pode chegar à conclusão que uma fundamentação concisa equivale a ausência de fundamentação. É o que bem explicou Marcio Vieira, vejamos:

> Qualquer das decisões proferidas pelo magistrado, a teor do art. 93, IX, da Constituição Federal, necessita ser fundamentada. É necessário frisar, entretanto, que há distinção entre "ausência de fundamentação" e "fundamentação concisa", conforme proclamado pelo Supremo Tribunal Federal, ao verberar: "A Constituição não exige que a decisão seja extensamente fundamentada. O que se exige é que o juiz ou Tribunal dê as razões de seu convencimento." (STF, AgR em AI 162089/DF, Segunda Turma, rel. Min. Carlos Velloso, j. em 12.12.1995, DJU de 15.03.1996, p. 7.209).[83]

Porém, não se pode esquecer que a atividade jurisdicional do magistrado, embora pautada na lei, também é valorativa, pois não há mais que se falar em juiz como a "boca da lei". Assim, o julgador em sua decisão deverá valorar os elementos coligidos no processo, para ao fim, explicitar os motivos pelos chegou a sua conclusão jurídica.

O dever de fundamentação é tão basilar que é até difícil ponderar que fosse de outra forma, já que o fim precípuo do Poder judiciário é paz social e esta só pode ser atingida quando as decisões possuem fundamento.

O dever de motivação, aliás, é uma garantia ao próprio magistrado, que ao decidir fundamentalmente demonstrará lisura, retidão e imparcialidade.

---

[82] GREVI. Vittorio. *Libertà personale dell'imputato e costituzione* . Giuffrè: Milano, 1976, p. 149

[83] VIEIRA, Marcio. *Os resquícios de prova tarifada no processo civil brasileiro e sua influência no livre convencimento do magistrado*. Revista da ESMESC, v. 17, n. 23, p. 371-398, 2010.

Olavo de Oliveira Neto e Maria Elizabeth de Castro Lopes correlacionam a legitimidade das decisões com a sua fundamentação. Nesse sentido:

> Daí a conclusão no sentido de que a legitimação da atuação do magistrado decorre da fundamentação da decisão judicial, sendo a gata de fundamentação verdadeiro atentado à democracia e aos valores inseridos na Constituição Federal.
> Em termos pouco ortodoxos, quando se pensa na larga margem de liberdade que a lei confere ao magistrado ao elaborar normas de conceito não determinados, que implicam um juízo de valores da sua parte, não é errado afirmar que o *preço da liberdade é a eterna vigilância;* e que dar-se-á por meio da verificação dos fundamento da decisão.[84]

Por fim, conclui-se que a existência do princípio da fundamentação é uma das mais importantes formas de coibir o odioso arbítrio nas decisões.

3.10 PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE

Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade se encontram agora expressamente previstos no artigo 8º da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Novo Código de Processo Civil). Note-se a sua redação: "*Art. 8o Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.*"

Cumpre salientar que tal artigo não possui correspondente no Código de Processo Civil de 1973[85] [86] [87].

Neste palmilhar, em relação ao mencionado artigo, é de se mencionar que o PLS 166/10 não previa apenas as garantias e princípios elencados atualmente nele, previa ainda impessoalidade e a moralidade. No entanto, na Câmara dos Deputados, estas foram

---

[84] OLIVEIRA NETO, Olavo de e LOPES, Maria Elizabeth de Castro. *Princípio do Fundamentação das Decisões Judiciais*. In. Princípios processuais civis na Constituição. Coord. OLIVEIRA NETO, Olavo de e LOPES, Maria Elizabeth de Castro. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p.203

[85] CURIA, Luiz Roberto et al. *Código de Processo Civil comparado*. São Paulo. Saraiva.2015.p. 22

[86] FUX, Luiz et al. *Novo CPC Comparado*. Editora Gen. São Paulo: 2015.p 320

[87] DONIZETTI, Elpídio. *Novo Código de Processo Civil Comparado.* Atlas. São Paulo. 2015. p.474

substituídas pela proporcionalidade, sendo esta última mantida até redação final do Novo Código de Processo Civil.[88]

Passando a uma análise mais específica, comentando o referido artigo, especialmente no que concerne aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade José Rogério Cruz e Tucci discorre que:

> Saliente-se, por outro lado, que os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da legalidade, embora diferentes, constituem instrumentos de contenção dos excessos e abusos dos tribunais, impedindo-os de proferir decisões revestidas de arbítrio.
> A proporcionalidade, como princípio do Estado de Direito, é uma garantia fundamental para a concretização dos valores consagrados na CF. E essa proporcionalidade deve ser sopesada não pelos critérios pessoais do juiz e dos termos literais da lei, mas segundo padrões éticos da sociedade em que vive.
> Na direção do processo e nas decisões que proferem, os magistrados devem exercer as suas respectivas funções norteados pela razoabilidade de seus atos a fim de legitimá-los.
> O princípio da legalidade, a seu turno, implica que o órgão jurisdicional encontra-se submetido ao Direito, ao ordenamento jurídico, às normas e princípios constitucionais, devendo buscar como meta a igualdade na própria lei.
> Infere-se que tais princípios têm orientado inúmeras decisões de nossos tribunais. Confira-se, a propósito: "[...] O Tribunal manteve o valor compensatório em R$ 10.000,00 (dez mil reais), de acordo com as peculiaridades do caso em concreto, seguindo os *princípios da razoabilidade e proporcionalidade*. Para que se possa rever referida quantia, faz-se necessário o reexame dos fatos e provas constantes dos autos, medida defesa na presente fase processual [...]" (STJ, 3ª Turma, AgRg no Agravo em REsp nº 636.132-MG, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, v.u., j. 24/3/2015, DJe de 7/4/2015, grifo nosso); "[...] Em regra, não é cabível, na via especial, a revisão do montante indenizatório fixado pela instância de origem, ante a impossibilidade de análise de fatos e provas, conforme a Súmula 7/STJ. Contudo, a jurisprudência desta Corte admite, em caráter excepcional, a alteração do *quantum* arbitrado, caso se mostre irrisório ou exorbitante, em clara afronta aos *princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*, o que não ocorreu no caso concreto [...]" (STJ, 1ª Turma, AgRg no Agravo em REsp nº 665.221-PR, Rel. Min. Sérgio Kukina, v.u., j. 24/3/2015, DJe de 6/4/2015, grifo nosso); "[...] Somente em hipóteses excepcionais, quando irrisório ou exorbitante o valor da indenização por danos morais arbitrado na origem, a jurisprudência desta Corte permite o afastamento do referido óbice para possibilitar a revisão. No

[88] JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015. p.210

> caso, o valor arbitrado pelo Tribunal de origem não se distancia dos parâmetros da *razoabilidade e da proporcionalidade* [...]" (STJ, 4ª Turma, AgRg no Agravo em REsp nº 654.165-RJ,Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, v.u., j. 24/3/2015, DJe de 30/3/2015, grifo nosso).[89]

José Miguel Garcia Medina, acertadamente a nosso ver, enxerga diferença entre razoabilidade e proporcionalidade. Nesse sentido:

> Razoabilidade é algo tratado, muitas vezes, como sinônimo de proporcionalidade. A regra da proporcionalidade, no entanto, opera ao lidar-se com direitos fundamentais cotejados, no contexto da criação da solução jurídica. Razoabilidade, de sua vez, diz respeito à compatibilidade entre os meio e fins de uma medida. (sobre essa discussão, cf. Virgílio Afonso da Silva, O proporcional e o razoável, RT 789/23. Atos imoderados e abusivos, assim, ferem a razoabilidade.[90]

Destarte, há autores que não realizam esta diferenciação. O próprio Supremo Tribunal Federal têm utilizado de modo indistinto o princípio da proporcionalidade associando-o a razoabilidade, conforme se denota do decidido no AC 1091 AgR [91].

Tecidas essas breves considerações é necessário destacar que, razoabilidade e proporcionalidade são cláusula geral. Nos dizeres de Fredie Diddier Júnior "Cláusula Geral é uma espécie de texto normativo, cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e o consequente (efeito jurídico) é indeterminado. Há, portanto, indeterminação legislativa em ambos os extremos da estrutura lógico normativa".[92]

---

[89] CRUZ E TUCCI, José Rogério et al. *Código de Processo Civil Anotado.* 2015. p.18

[90] MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015. p.58

[91] EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM AÇÃO CAUTELAR CONTRA DECISÃO QUE NEGOU SEGUIMENTO A PEDIDO DE IMEDIATO PROCESSAMENTO, NA ORIGEM, DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO RETIDO. 1. Os argumentos trazidos na peça recursal em nada alteram o quanto já analisado na decisão atacada. 2. A ausência de cópia reprográfica de procuração assinada pelo advogado do recorrente configura hipótese de incognoscibilidade do recurso interposto. Precedentes. 3. Suposto descumprimento dos princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade não demonstrado. Precedentes. 4. Caráter abusivo na utilização desta via recursal. Multa. Afronta direta ao art. 557, § 2º, do Código de Processo Civil. Descumprimento do dever de lealdade. Arts. 14, inc. II e III, e 17, inc. VII, do Código de Processo Civil. Precedentes. 5. Agravo regimental ao qual se nega provimento. (AC 1091 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 02/03/2007, DJ 23-03-2007 PP-00101 EMENT VOL-02269-01 PP-00045)

[92] DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. vol.1. 15º ed. Juspodivm. 2013. p.36

Sendo tais princípios cláusula geral, se abre ao magistrado uma possibilidade interpretativa de aplicação no caso concreto, adequando-os para uma decisão mais equânime.

A razoabilidade e proporcionalidade são entes norteadores das decisões, não bastando uma mera regularidade formal, haja vista que estas devem ser substancialmente devidas (substantive due process).

Ainda de acordo com a regra da proporcionalidade, consoante se afirma na doutrina, deve haver uma "relação adequada entre um ou vários fins determinados e os meios com que são levados à cabo", compreendendo a regra os seguintes elementos: o meio escolhido deve ser adequado; ainda, deverá ser necessário, "não excedendo os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo que se almeja"; por fim, deve-se realizar a ponderação entre os bens ou interesses em jogo, a fim de que o sacrifício imposto a um desses interesses seja efetivamente necessário e justificável.[93]

O princípio da proporcionalidade ganha destaque ainda quando se fala em tensão entre direitos fundamentais e/ou princípios constitucionais.[94]

Sob esse jaez, considerando a necessidade de concordância prática, surge o princípio da proporcionalidade em sentido estrito (Verhaltnismassigkeit) ou da ponderação de interesses.

A importância desse princípio é notória, posto que, desempenha função essencial no papel da judicatura.

O princípio da proporcionalidade é instrumento de proteção de direitos fundamentais, mas também pode justificar medidas restritivas dos mesmo direitos, como por exemplo no ADC 9 MC, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 26/08/2001, DJ 23-04-2004 PP-00005 EMENT VOL-02148-01 PP-00055.

Todavia, sobre a utilização inadvertida do princípio da proporcionalidade sabiamente alerta Sidnei Amendoeira Jr.:

> Ademais, uma decisão fundamentada exclusivamente no princípio da proporcionalidade, sem qualquer correlação com os valores prestigiados no texto constitucional, pode gerar a indesejável impressão de ter sido proferida mais por considerações políticas do

[93] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* 6ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p.357/361

[94] DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil.* vol.1. Juspodivm. 2008. p.35

> que jurídicas, o que representa um enorme desprestígio para a Justiça.[95]

Por fim, em relação a razoabilidade tem ela origem no direito norte americano, sendo ferramenta de controle de abusos estatais.[96]

De todo o exposto, como se viu, tais princípios servem como a balança de Thémis para sopesar e ponderar da melhor forma possível as mais diversas situações.

3.11 PRINCÍPIO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

O processo para ser justo há de ter duração razoável, por isso, a Constituição Federal no artigo 5º LXXVIII preconiza que: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação."

A preocupação com a duração razoável do processo é antiga e remonta a Ruy Barbosa que já em sua oração aos moços dizia que: "Mas justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta." [97]

A busca pela duração razoável do processo também é objeto de diversos instrumentos internacionais, dentre eles a Convenção Americana de Direito Humanos em seu artigo 8.1.

Tanto é assim que a Corte Europeia dos Direitos do Homem definiu alguns critérios para se aferir se o processo está caminhando num prazo razoável. São eles:

> I) as circunstâncias particulares de cada caso e, mais especialmente, a complexidade do litígio no que concerne aos feitos ou a seus fundamentos jurídicos;
> II) a conduta das partes – ou do próprio afetado em matéria penal – assim como o que eles arriscam no processo; e
> III) a conduta das autoridades competentes, sejam elas administrativas ou judiciais.[98]

---

[95] AMENDOEIRA JR, Sidnei. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo:Saraiva.2012.p.107

[96] AVOLIA. Luiz Francisco Torquato. *Provas Ilícitas*: Interceptações telefônicas, ambientes e gravações clandestinas. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2015. p.67

[97] BARBOSA, Rui; MÓDOLO, Marcelo. *Oração aos moços*. Hedra, 2009. P. 40 Disponível em: http://www.romulolins.com/rui.pdf Acesso em 12 de março de 2017

[98] PAES, Sara Maria Ströher. *Direito a ser ouvido em um Prazo Razoável: morosidade da Justiça segundo a ótica do Tribunal Europeu de Direitos Humanos*. Revista de Informação Legislativa, Brasília: Senado Federal, ano, v. 34, p. 225-235, 1997.

Dos critérios acima apontados verifica-se que a duração razoável do processo deverá ser verificada caso a caso. Ciente destes fatos, Didier traz interessante pontuação "Não existe um *princípio da celeridade*. O processo não tem de ser rápido/célere: o processo *deve demorar o tempo necessário e adequado à solução do caso submetido ao órgão jurisdicional.*[99]

Desta forma, é sempre necessária a busca por um processo que obtenha o resultado final e prático, de acordo com a duração razoável para que isso ocorra.

3.12 PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA PROVA ILÍCITA

Este princípio será tratado em capítulo próprio, no entanto, cumpre desde agora trazer algumas linhas sobre ele.

Elias Marques de Medeiros Neto conceitua prova ilícita "como sendo aquela que viola disposições legais e/ou constitucionais, seja quanto à sua produção, seja quanto à sua introdução nos autos, seja quanto à própria licitude da prova pretendida."[100]

Por força de preceito constitucional vige em nosso sistema processual a inadmissibilidade das provas ilícitas, todavia, não há previsão expressa acerca do procedimento a ser tomado quando de sua declaração, ocorrendo apenas o desentranhamento desta e novo julgamento pelo mesmo magistrado, o que se verá mais adiante ofende diversos princípios.

---

[99] DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. vol.1. p. 69 15º ed. Salvador: Juspodivm. 2013

[100] MEDEIROS NETO, Elias Marques de. *Princípio da proibição da prova ilícita no Processo Civil Brasileiro*. Revista Juris Plenum, Caxias do Sul (RS), v. 6, n. 36, p. 7-52, nov. 2010

4. TEORIA GERAL DA PROVA

Indiscutivelmente, é direito de todo aquele que figura em processo judicial provar o que alega, inclusive como consectário lógico do direito de ação e direito de defesa.

Aliás, o direito de ação e defesa segundo Trocker "fica essencialmente subordinado à efetiva possibilidade de se representar ao juiz a realidade do evento posto como fundamento da ação ou da exceção; ou seja, à possibilidade de a parte servir-se de provas".[101]

Com efeito, o direito à prova constitui-se numa das principais formas de garantir o devido processo legal. Tanto é assim que no direito americano o *rigth to evidence* está diretamente correlacionado ao *due process of law.*[102]

Para Antônio Carlos de A. Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco prova é:

> [...] o instrumento por meio do qual se foram a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inocorrência dos fatos controvertidos no processo [...] embora vários temas sobre a prova venham às vezes tratados na lei civil, trata-se de autêntica matéria processual – porque falar em prova significa pensa na formação do convencimento do juiz, no processo.[103]

Por sua vez João Batista Lopes, destaca que as alegações de fato é que são objeto de provas. Neste sentido:

> À demonstração dos fatos (ou melhor, das alegações dos fatos) é que se dá o nome de prova [...] o vocábulo prova vem do latim *probatio,* com o significado de verificação, exame, inspeção. De acordo com os dicionaristas, quer dizer 'aquilo que mostra a verdade de um proposição ou realidade de um fato'. Na linguagem jurídica, o termo é empregado como sinônimo de demonstração (dos fatos alegados no processo). É a chamada prova judiciária.[104]

---

[101] TROCKER, Nicolò. *Processo civile e Costituzione – Problemi di diritto tedesco e italiano.* Milano. Giuffrè. 1974. P.371 apud GRINOVER. Ada Pellegrini; FERNANDES. Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades do processo penal.* 3. Ed. São Paulo: Malheiros. 1993

[102] SCARANCE FERNANDES, Antônio. *Processo Penal Constitucional.* 2ªed. São Paulo. Revista dos Tribunais.2000. p. 66

[103] CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo.* São Paulo: RT,1991. p.310

[104] LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil***.** São Paulo: RT, 3º edição. 2006. P.25

Com efeito, a atividade probatória é o momento central do processo, oportunidade em que o magistrado poderá verificar a verossimilhança dos fatos que lhe são alegados em cotejo com as provas que lhe são apresentadas.[105]

Por fim, cumpre destacar que o destinatário das provas é o juiz[106], porque estas se servem a formação de sua convicção para julgamento, de tal sorte que não devem sofrer mácula de qualquer espécie, sob pena de que esta se materialize no decidido.

4.1 DOS MEIOS DE PROVA

Alexandre Câmara citando Amaral Santos explica que: "Meios de prova são os instrumentos através dos quais se torna possível a demonstração da veracidade das alegações sobre a matéria fática controvertida e relevante para o julgamento da pretensão."

O Código de Processo Civil (Lei 13.105 de março de 2015) trata das provas nos artigos 369 e seguintes.

O artigo 369 preconiza que: "*As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz."*

Denota-se, portanto, do aludido artigo que não há um rol exaustivo dos meios de prova, admitindo-se os meios tipificados e não tipificados.

Assim, o legislador no atual Código de Processo Civil optou por não restringir os meios de prova, bem como não tarifou o valor de cada uma delas, deixando assim um campo amplo para a atividade probatória.

Sobre a odiosa tarifação das provas Moacyr Amaral Santos explica que:

> No sistema da prova legal, a instrução probatória se destinava a produzir a certeza legal. O juiz não passava de um mero computador, preso ao formalismo e ao valor tarifado das provas, impedido de observar positivamente os fatos e constrangido a dizer a verdade conforme ordenava a lei que o fosse.[107]

---

[105] TROCKER, Nicolo. *Processo civile e Costituzione.* Milano: Giuffrè, 1974. P. 509 AVOLIO. Luiz Francisco Torquato. *Provas Ilícitas*: Interceptações telefônicas, ambientes e gravações clandestinas. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2015. P.37

[106] LOPES, João Batista. *Curso de Direito Processual Civil*. Processo de Conhecimento. v.II. São Paulo: Atlas. 2006. P.96

[107] SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeira linha de direito processual civil*. v. II. São Paulo: Saraiva. 1985. P.382

Desta forma, vige hodiernamente uma liberdade probatória muito grande, de tal sorte que, a regra é a admissão de todas as provas, quer sejam documentais, testemunhais, periciais entre outras.

4.2 PROVA EMPRESTADA

Elias Marques de Medeiros Neto ensina que: "Por prova emprestada se entende aquela que foi produzida em outro processo, cujos efeitos a parte pretende que sejam apreciados e considerados válidos por magistrado que presida processo diverso."[108]

Como requisitos para a sua admissibilidade no processo João Batista Lopes aponta: "(i) ter sido produzida e, processo com as mesmas partes litigantes; (ii) no processo anterior, o princípio do contraditório deve ter sido observado; e (iii) é fundamental que não seja possível a reprodução da prova."[109]

Os Tribunais Superiores tem reiteradamente acatando a admissibilidade da prova emprestada. O Superior Tribunal de Justiça vem inclusive aceitando-a quando não há identidade de partes. Vejamos:

> DIREITO PROCESSUAL CIVIL. PROVA EMPRESTADA ENTRE PROCESSOS COM PARTES DIFERENTES.
> É admissível, assegurado o contraditório, prova emprestada de processo do qual não participaram as partes do processo para o qual a prova será trasladada. A grande valia da prova emprestada reside na economia processual que proporciona, tendo em vista que se evita a repetição desnecessária da produção de prova de idêntico conteúdo. Igualmente, a economia processual decorrente da utilização da prova emprestada importa em incremento de eficiência, na medida em que garante a obtenção do mesmo resultado útil, em menor período de tempo, em consonância com a garantia constitucional da duração razoável do processo, inserida na CF pela EC 45/2004. Assim, é recomendável que a prova emprestada seja utilizada sempre que possível, desde que se mantenha hígida a garantia do contraditório. Porém, a prova emprestada não pode se restringir a processos

---

[108] MEDEIROS NETO, Elias Marques de. *Prova Emprestada, Prova Ilícita e Princípio da Proporcionalidade*. *In* A Prova no Direito Processual Civil Estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes. OLIVEIRA NETO, Olavo; MEDEIROS NETO, Elias Marques; LOPES, Ricardo Augusto de Castro. São Paulo: Verbatim. 2013. P 162

[109] LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil brasileiro*. 3.ed. São Paulo: RT. 2006. P.25 apud MEDEIROS NETO, Elias Marques de. *Prova Emprestada, Prova Ilícita e Princípio da Proporcionalidade. In* A Prova no Direito Processual Civil Estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes. OLIVEIRA NETO, Olavo; MEDEIROS NETO, Elias Marques; LOPES, Ricardo Augusto de Castro. São Paulo: Verbatim. 2013. P 162

> em que figurem partes idênticas, sob pena de se reduzir excessivamente sua aplicabilidade sem justificativa razoável para isso. Assegurado às partes o contraditório sobre a prova, isto é, o direito de se insurgir contra a prova e de refutá-la adequadamente, o empréstimo será válido. EREsp 617.428-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 4/6/2014.

Do julgado se possibilita compreender que a prova emprestada tem sido bem acatada, pois garante a economia processual evitando repetição desnecessária de atos.

4.3 PROVA ILÍCITA

Nem todos os tipos de prova são admitidos, como se depreende inclusive da redação do artigo 5º VLI da Constituição Federal que proíbe textualmente a utilização de provas ilícitas.

No entanto, não se desconhece que em situações de extrema excepcionalidade a jurisprudência tem admitido a prova ilícita, o fato este que será abordado com maior vagar mais adiante.

Há, portanto, princípio limitador da atividade probatória consistente no princípio da proibição da prova ilícita, haja vista que nenhum direito é absoluto, nem mesmo o direito a prova.

Um Estado que pretenda ser Democrático de Direito não pode violar direitos e garantias fundamentais em busca de um "bem maior", pois estaria ele deslegitimando sua própria autoridade. Por sua vez, vale dizer, os fins não justificam os meios.

A vedação a utilização da prova ilícita obtida por meios inadmissíveis também é forma de incentivar que a busca da prova não se dê a qualquer custo, violando direitos fundamentais.

O Ministro Celso de Mello discorre em julgado de sua relatoria de forma precisa e particular acerca de não poder o Estado aceitar provas que violem garantias fundamentais, sob pena de violação ao devido processo legal. Note-se:

> [...] a ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do *"due processo of law"*, que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo. – A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova

> cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional de direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em consequência, o ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do *"male captum, bene retentum"*[110]

Sobre o conceito de prova ilícita, que é amplo, discorre Eduardo Cambi que é a prova "[...] que contraria o ordenamento jurídico, visto pelo prisma dilatado da Constituição, que abrange tanto a ordem constitucional e a infraconstitucional quanto os bons costumes, a moral e os princípios gerais do direito."[111]

Sob esse viés Alexandre de Moraes explica que prova ilegal é gênero, dos quais são espécie provas obtidas por meios ilícitos e as provas obtidas por meios ilegítimos. Vejamos:

> As provas ilícitas não se confundem com as provas ilegais e as ilegítimas. Enquanto, conforme já analisado, as provas ilícitas são aquelas obtidas com infringência ao direito material, as provas ilegítimas são as obtidas com desrespeito ao direito processual. Por sua vez, as provas ilegais seriam o gênero do qual as espécies são as provas ilícitas e as ilegítimas, pois configuram-se pela obtenção com violação de natureza material ou processual ao ordenamento jurídico[112]

Delimitando o conteúdo das provas ilegais a Mesa de Processo Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo editou as seguintes Súmulas:

> Número 48 - Denominam-se ilícitas as provas colhidas com infringência a normas e princípios de direito material;
>
> Número 49 - São processualmente inadmissíveis as provas que infringem normas e princípios constitucionais, ainda quando forem relevantes e pertinentes, e mesmo sem cominação processual expressa;
>
> Número 50- Podem ser utilizadas no processo penal as provas ilicitamente colhidas, que beneficiem a defesa.[113]

---

[110] STF, 2ª Turma, RHC 90.376/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, DJe – 018 17/05/2007; A expressão latina em tradução livre significa: "mal colhida, mas bem conservada"

[111] CAMBI, Eduardo. *A prova civil: Admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. P.69

[112] MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 27ª Ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 117

[113] GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Recursos no processo penal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 355.

O Código de Processo Penal no artigo 157, com a redação dada pela Lei nº 11.690 de 2008[114], parece que caminhou na mesma linha, pois conceitua como prova ilícita aquelas "*obtidas com violações de normas constitucionais ou legais.*

Por sua vez, acerca do momento da produção da prova ilegal Takayanagi bem explicita, que esta pode ocorrer de modo extraprocessual (fora do processo) ou endoprocessual (dentro do processo). Senão vejamos:

> Deve-se fazer tal distinção pelo fato de ambas as provas vedadas ocorrerem em planos distintos, ou seja, a prova ilegítima tem o momento de violação na sua produção, é, pois, uma violação endoprocessual. Seu plano de discussão é o de validade podendo-se arguir a sua nulidade.
> [...]
> A prova ilegal, de seu lado, tem o seu momento de violação anterior ao processo, isto é, ocorre na sua obtenção, é extraprocessual. Viola-se, nesse caso, um direito material, mais especificamente uma intimidade, privacidade, integridade, ou seja, um direito e garantia pessoal. Seu plano de discussão é o da existência, mais especificamente, da inexistência, pois se trataria de uma não-prova e, em havendo, sua utilização deverá tal prova ser extirpada, pois é constitucionalmente inadmissível. É o caso da prova obtida mediante tortura, fere-se aqui um direito e garantia fundamental e tal prova é inadmissível.[115]

Ocorre que o entendimento supra exposto expressa a regra, que como é cediço pode ter sua exceção, vez que a prova ilícita pode ocorrer inclusive no decurso do processo.

---

[114] Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 4º (VETADO) (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

[115] TAKAYANAGI, Fabiano Yuji. *Os momentos probatórios no Direito Processual Penal*. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, v. 106, n. 106-107, 2012. p. 779-807

Ainda sobre as exceções é possível que uma conduta fira ao mesmo tempo norma de natureza processual e material, a exemplo de uma busca e apreensão realizada em desconformidade com a lei, pois estar-se-ia violando a inviolabilidade domiciliar prevista no artigo 5º, XI[116] e ainda normas de natureza processual 536[117], e 846[118] e seus parágrafos.

A doutrina controverte-se ainda no sentido do cabimento ou não das prova ilícitas. Para João Batista Lopes[119], a Constituição Federal de 1988 adotou o critério da absoluta inadmissibilidade.

No entanto, há quem defenda que este critério deve ser relativizado utilizando-se do princípio da proporcionalidade, vez que nenhum direito é absoluto, e, no cotejo entre o bem jurídico discutido na demanda certas vezes é necessário superar a absoluta inadmissibilidade.

Nesse sentido é o entendimento de Alexandre de Moraes:

---

[116] XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

[117] Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.

§ 1º Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.

§ 2º O mandado de busca e apreensão de pessoas e coisas será cumprido por 2 (dois) oficiais de justiça, observando-se o disposto no art. 846, §§ 1º a 4º, se houver necessidade de arrombamento.

[...]

[118] Art. 846. Se o executado fechar as portas da casa a fim de obstar a penhora dos bens, o oficial de justiça comunicará o fato ao juiz, solicitando-lhe ordem de arrombamento.

§ 1º Deferido o pedido, 2 (dois) oficiais de justiça cumprirão o mandado, arrombando cômodos e móveis em que se presuma estarem os bens, e lavrarão de tudo auto circunstanciado, que será assinado por 2 (duas) testemunhas presentes à diligência.

§ 2º Sempre que necessário, o juiz requisitará força policial, a fim de auxiliar os oficiais de justiça na penhora dos bens.

§ 3º Os oficiais de justiça lavrarão em duplicata o auto da ocorrência, entregando uma via ao escrivão ou ao chefe de secretaria, para ser juntada aos autos, e a outra à autoridade policial a quem couber a apuração criminal dos eventuais delitos de desobediência ou de resistência.

§ 4º Do auto da ocorrência constará o rol de testemunhas, com a respectiva qualificação.

[119] LOPES, João Batista. *Curso de direito processual civil*. v.I. São Paulo: Atlas, 2005. P.96

> Saliente-se, porém, que a doutrina constitucional passou a atenuar a vedação das provas ilícitas, visando corrigir distorções a que a rigidez da exclusão poderia levar em casos de excepcional gravidade. Esta atenuação prevê, com base no princípio da proporcionalidade, hipóteses em que as provas ilícitas, em caráter excepcional e em casos extremamente graves, poderão ser utilizadas, pois nenhuma liberdade pública é absoluta, havendo possibilidade, em casos delicados, em que se percebe que o direito tutelado é mais importante que o direito a intimidade, segredo, liberdade de comunicação, por exemplo, de permitir-se sua utilização.[120]

É importante salientar que tem-se no princípio da proporcionalidade importante elemento no controle da possibilidade ou não de utilização da prova ilícita. Sobre esta ponderação a ser realizada Ada Pelegrini Grinover dispõe que:

> A teoria hoje predominante da inadmissibilidade processual das provas ilícitas, colhidas com infringência a princípios ou normas constitucionais, vem, porém, atenuada por outra tendência, que visa corrigir possíveis distorções a que a rigidez poderia levam em casos de excepcional gravidade. Trata-se denominado de proporcionalidade, pelo qual os tribunais da então Alemanha federal, sempre em caráter excepcional e em casos extremamente graves, tem admitido a prova ilícita, baseando no equilíbrio entre valores fundamentais contrastantes.[121]

Isso se dá porque, como dito alhures, nenhuma garantia, ainda que fundamental, é absoluta, podendo, a critério do caso concreto ser suprimida, todavia, sempre diante da análise sob o princípio da proporcionalidade.

Barbosa Moreira destaca alguns critérios que podem ser utilizados quando da aplicação do princípio da proporcionalidade quando em choque com o princípio da proibição da proibição da prova ilícita. Destaca-se:

> A gravidade do caso, a índole da relação jurídica controvertida, a dificuldade para o litigante de demonstrar a veracidade de suas alegações mediante procedimentos perfeitamente ortodoxos, o vulto do dano causado, outras circunstâncias, o julgador decidiria qual dos interesses em conflito deve ser sacrificado e em que medida.[122]

---

[120] MORAES, Alexandre de: Direito Constitucional. 15.ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 127.

[121] GRINOVER. Ada Pellegrini; FERNANDES. Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades do processo penal.* 3. Ed. São Paulo: Malheiros. 1993. P.115

[122] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A Constituição e as provas ilicitamente obtidas.* Temas de Direito Processual. Sexta Série. São Paulo: Saraiva. 1997.p.109/111

Embora seja mais comum a utilização destes critérios no âmbito do processo penal, que, via de regra, trata de bens jurídicos de suma importância, e, por isso, necessitam de maior detalhamento na análise do conjunto probatória, com toda certeza, estes podem e devem ser utilizadas do processo civil, quando haja necessidade.

É, por exemplo, caso que corriqueiramente acontece o de gravação clandestina de áudio ou vídeo relativo a maus tratos à crianças por parte de prepostos de determinadas instituições de ensino.

Tais atos, com toda a certeza poderão, além da ação penal, viabilizar uma ação cível de cunho indenizatório. Neste caso, embora a gravação seja feita ao revés do que preconiza a legislação pátria, em uma análise feita sob o critério da proporcionalidade não há como não se admitir esta prova, ainda que ilícita.

Deste modo, como visto, a prova ilícita poderá ser utilizada excepcionalmente. Contudo, ainda há tentativa de mudança legislativa para que seja aceita a prova ilícita desde que "*obtida de boa-fé*".[123]

Com o devido acatamento, isto não pode ser admitido, por estar-se-ia dando um "cheque em branco" para o cometimento de ilegalidades e arbitrariedades para a obtenção de provas, para depois, validá-las como se nenhum problema houvesse.

O Estado não pode incentivar a violação da lei a pretexto de preservação da ordem, sob pena de tornar-se um Estado utilitarista onde os fins justificam os meios.

Lênio Steck nos relembra ainda que:

> Para mim, o Direito, por conquista civilizatória, não pode aceitar comportamento antijurídicos e nem consentir que dessa ilegalidade o Estado tire proveito em prejuízo do cidadão. Ilegal será o órgão Judiciário que venha a admitir o uso de prova colhida de forma antijurídica. E não se negocia isso. Não preciso discutir, aqui, a questão das provas obtidas por fonte autônoma, sem nexo causal. Se são autônomas e não tem nexo causal com as ilícitas, nem precisamos discutir essa questão.

Diante do supra exposto, é possível notar que o princípio da proporcionalidade pode ser o fiel da balança no que se refere a possibilidade ou não da utilização da prova ilícita, pois embora, via de regra, esta seja inadmissível, em hipóteses absolutamente excepcionais esta deve ser admitida, sob pena de ofensa à bem jurídico de maior importância.

---

[123] STRECK, Lênio Luiz. *Prova ilícita validada por boa-fé: lá se vai a criança com a água suja*. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2016-ago-08/prova-ilicita-validada-boa-fe-la-bebe-agua-suja> Acesso em 04 de fevereiro de 2017.

4.4 PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO (TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA

Como visto, algumas provas são ilícitas, por ofenderem princípios e regras de direito fundamental são consideradas ilícitas. Como consequência disso, que derivam da prova ilícita também não são aceitas no processo.

O fundamento para que isso ocorra é o fato de que a proibição constitucional da prova ilícita seria facilmente contornada por expediente ardil, ou seja, bastaria que se obtivesse a prova ilícita para, eventualmente, se chegar a uma prova lícita.

Avolio exemplifica muito bem situações como a supra citada. Vejamos:

> O problema das provas ilícitas por derivação, por uma imposição lógica, só se coloca nos sistemas de admissibilidade processual das provas ilicitamente obtidas. Concerne às hipóteses em que a prova foi obtida de forma lícita, mas a partir da informação extraída de uma prova obtida por meio ilícito. É o caso da confissão extorquida mediante tortura, em que o acusado indica onde se encontra o produto do crime, que vem a ser regularmente apreendido; ou da interceptação telefônica clandestina, pela qual se venham a conhecer circunstâncias que, licitamente colhidas, levem a apuração dos fatos.[124]

Em verdade, há uma contaminação da prova derivada em virtude da ilicitude da prova originária. Dito de outro modo, "é possível concluir que a ilicitude da prova originária transmite-se, por repercussão, a todos os dados probatórios que nela se apoiem, ou dela derivem, ou finalmente, nela encontrem seu fundamento causal."[125]

A origem deste conceito remonta ao caso SILVERTHORNE LUMBER CO v. US, de 1920, na qual utilizou-se raciocínio jurídico para interpretação e aplicação ao mundo do direito de uma passagem bíblica, mais precisamente Mateus: 7 17-20. Note-se:

> 17 Assim, toda a árvore boa produz bons frutos, e toda a árvore má produz frutos maus.
>
> 18 Não pode a árvore boa dar maus frutos; nem a árvore má dar frutos bons.
>
> 19 Toda a árvore que não dá bom fruto corta-se e lança-se no fogo.

---

[124] AVOLIO. Luiz Francisco Torquato. *Provas Ilícitas*: Interceptações telefônicas, ambientes e gravações clandestinas. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2015. P.74

[125] BRASILEIRO DE LIMA, Renato. *Manual de Processo Penal.* 3.ed. Salvador: Juspodivm. 2015. p. 612

20 Portanto, pelos seus frutos os conhecereis.[126]

Após essa decisão outro interessante precedente surgiu também no direito norte-americano, foi o caso NARDONE v. US (1939) no qual se utilizou a expressão que muito bem explicita o problema em comento, ou seja, *fruts of the poisonous tree* ou *taint doctrine* "frutos da árvore envenenada", haja vista que, certamente os frutos de uma árvore envenenada também o estarão.

Depois destes precedentes muitos outros surgiram, no entanto, o auge desta teoria foi o caso MIRANDA v. ARIZONA, na qual a Suprema Corte norte americana considerou ilícita as declarações feitas a polícia, salvo se ela tenha sido informada: a) de seu direito de permanecer calada, b) de que tudo que ela disser poderá ser utilizado contra ela perante um Tribunal; c) de ter o direito a um defensor constituído ou nomeado.

Gabriela Ponte Carvalho sintetizou muito bem este julgamento nas seguintes assertivas:

> (i) a acusação não pode valer-se de quaisquer declarações obtidas por meio de interrogatório, a não ser que demonstre que o acusado teve todos os seus direitos constitucionais devidamente assegurados; (ii) o ambiente policial naturalmente intimida o acusado, e cabe ao Estado adotar medidas para que isso não o prejudique injustamente; (iii) essas medidas consistem em avisá-lo de todos os seus direitos; (iv) a vontade do acusado de permanecer em silêncio ou de consultar um advogado pode ser manifestada a qualquer momento, e deve ser plenamente respeitada; (v) se não há advogado presente durante o interrogatório, incumbe à acusação provar, com os meios que lhe forem possíveis, que o acusado renunciou aos seus direitos de forma consciente. Entendeu-se que a garantia de todos esses direitos não traria prejuízos à investigação e à aplicação da lei penal.[127]

No Brasil, esta teoria, inicialmente fora refutada no julgamento da AP 307, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Segunda Turma, julgado em 13/12/1994, DJ 13-10-1995 PP-34247 EMENT VOL-01804-11 PP-02104 RTJ VOL-00162-01 PP-00003. Neste julgado prevaleceu o voto do Ministro Moreira Alves que realizou interpretação restritiva do artigo 5º, LVI, pois estaria albergado nele apenas as provas ilícitas, e não as obtidas por meio delas.

---

[126] Disponível em < https://www.bibliaonline.com.br/acf/mt/7> Acesso 11 de março de 2017

[127] CARVALHO, Gabriela Ponte. O aviso de Miranda e a prova ilícita por derivação. 2013. p. 25 Disponível em: < http://bdm.unb.br/bitstream/10483/5851/1/2013_GabrielaPonteCarvalho.pdf> Acesso em 11 de março de 2017

Porém, anos após o Supremo Tribunal Federal se manifestou novamente sobre o tema, invertendo a posição inicial.

> EMENTA: HABEAS CORPUS. ACUSAÇÃO VAZADA EM FLAGRANTE DE DELITO VIABILIZADO EXCLUSIVAMENTE POR MEIO DE OPERAÇÃO DE ESCUTA TELEFÔNICA, MEDIANTE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. PROVA ILÍCITA. AUSÊNCIA DE LEGISLAÇÃO REGULAMENTADORA. ART. 5º, XII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. FRUITS OF THE POISONOUS TREE. O Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, assentou entendimento no sentido de que sem a edição de lei definidora das hipóteses e da forma indicada no art. 5º, inc. XII, da Constituição não pode o Juiz autorizar a interceptação de comunicação telefônica para fins de investigação criminal. Assentou, ainda, que a ilicitude da interceptação telefônica -- à falta da lei que, nos termos do referido dispositivo, venha a discipliná-la e viabilizá-la -- **contamina outros elementos probatórios eventualmente coligidos, oriundos, direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta**. Habeas corpus concedido.
> (HC 73351, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, julgado em 09/05/1996, DJ 19-03-1999 PP-00009 EMENT VOL-01943-01 PP-00007) **(Grifo Nosso)**

Posteriormente, o Supremo Tribunal Federal refinou o seu entendimento para afirmar que apenas as provas que derivem diretamente das ilícitas sejam também inadmissíveis.

> EMENTA: HABEAS-CORPUS. CRIME QUALIFICADO DE EXPLORAÇÃO DE PRESTÍGIO (CP, ART. 357, PÁR. ÚNICO). CONJUNTO PROBATÓRIO FUNDADO, EXCLUSIVAMENTE, DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA, POR ORDEM JUDICIAL, PORÉM, PARA APURAR OUTROS FATOS (TRÁFICO DE ENTORPECENTES): VIOLAÇÃO DO ART. 5º, XII, DA CONSTITUIÇÃO. 1. O art. 5º, XII, da Constituição, que prevê, excepcionalmente, a violação do sigilo das comunicações telefônicas para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, não é auto-aplicável: exige lei que estabeleça as hipóteses e a forma que permitam a autorização judicial. Precedentes. a) Enquanto a referida lei não for editada pelo Congresso Nacional, é considerada prova ilícita a obtida mediante quebra do sigilo das comunicações telefônicas, mesmo quando haja ordem judicial (CF, art. 5º, LVI). b) O art. 57, II, a, do Código Brasileiro de Telecomunicações não foi recepcionado pela atual Constituição (art. 5º, XII), a qual exige numerus clausus para a definição das hipóteses e formas pelas quais é legítima a violação do sigilo das comunicações telefônicas. 2. A garantia que a Constituição dá, até que a lei o

> defina, não distingue o telefone público do particular, ainda que instalado em interior de presídio, pois o bem jurídico protegido é a privacidade das pessoas, prerrogativa dogmática de todos os cidadãos. **3. As provas obtidas por meios ilícitos contaminam as que são exclusivamente delas decorrentes;** tornam-se inadmissíveis no processo e não podem ensejar a investigação criminal e, com mais razão, a denúncia, a instrução e o julgamento (CF, art. 5º, LVI), ainda que tenha restado sobejamente comprovado, por meio delas, que o Juiz foi vítima das contumélias do paciente. 4. Inexistência, nos autos do processo-crime, de prova autônoma e não decorrente de prova ilícita, que permita o prosseguimento do processo. 5. Habeas-corpus conhecido e provido para trancar a ação penal instaurada contra o paciente, por maioria de 6 votos contra 5.
> (HC 72588, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 12/06/1996, DJ 04-08-2000 PP-00003 EMENT VOL-01998-02 PP-00289 RTJ VOL-00174-02 PP-00491)

A Lei nº 11.690/08, encerrou o debate ao positivar o princípio no § 1º do artigo 157 que determina que: "São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras."

Com efeito, a prova ilícita por derivação é inadmissível no processo, sob pena de concreta ofensa ao *due process law.*

4.4.1 Algumas exceções à inadmissibilidade da Prova Ilícita Por Derivação

O equilíbrio é obtido através de rígida ponderação é sempre o ideal, de tal sorte que mesmo a aceitabilidade da prova ilícita por derivação comporta algumas exceções.

Justamente por isso, a Suprema Corte americana desenvolveu algumas exceções a absoluta proibição que serão melhor detalhadas em tópico abaixo.

4.4.1.1 Teoria da Fonte Independente

Em apertadíssima síntese, a teoria da fonte independente determina que, caso sejam obtidos novos elementos probatórios através de fontes independentes, ou seja, que não guardem vínculo com a prova ilícita e nem dela decorram, são estas admissíveis ao processo.

A origem desta teoria, lá conhecida como *independente source doctrine,* também advém do direito norte americano, mais precisamente do julgamento do caso Bynum v. U.S.

No caso supramencionado, em resumo, fora colhida impressões digitais do acusado quando de sua prisão ilegal, sendo estas declaradas inadmissíveis por derivarem da prova ilícita. Ocorre que, posteriormente foram trazidas impressões digitais do acusado já legalmente arquivadas pelo FBI, sendo estas consideradas válidas por não possuir qualquer relação com as ilícitas.

No ordenamento jurídico pátrio o artigo 157, §1º do Código de Processo Penal positivou a admissibilidade da prova obtida por fonte independente, no entanto, a vagueza das expressões do legislador ao elaborar o dispositivo gera insegurança jurídica e pode acarretar riscos aos jurisdicionados. Nesta linha são as lições de Aury Lopes Jr:

> A inovação, que dará muita dor de cabeça para todos, é a pouco clara disposição acerca do nexo causal que define a contaminação e, ainda, a chamada teoria da fonte independente. [...]
> Como regra, são disposições vagas e imprecisas que recorrem a aberturas perigosas.[128]

Assim, a imprecisão do alcance do que se pode considerar fonte independente pode fomentar a tentativa de violação ao princípio da proibição da prova ilícita, sob o subterfúgio de que esta fora obtida de modo absolutamente desvinculado da prova contaminada.

Há então a necessidade de veemente demonstração da inexistências de nexo causal entre uma prova e outra.

O Supremo Tribunal Federal já apreciou o tema adotando a teoria da fonte independente em seus julgamentos. Destaca-se:

> EMENTA: HABEAS-CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO NA FASE INQUISITORIAL. INOBSERVÂNCIA DE FORMALIDADES. TEORIA DA ÁRVORE DOS FRUTOS ENVENENADOS. CONTAMINAÇÃO DAS PROVAS SUBSEQÜENTES. INOCORRÊNCIA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. PROVA AUTÔNOMA. 1. Eventuais vícios do inquérito policial não contaminam a ação penal. O reconhecimento fotográfico, procedido na fase inquisitorial, em desconformidade com o artigo 226, I, do Código de Processo Penal, não tem a virtude de contaminar o acervo probatório coligido na fase judicial, sob o crivo do contraditório. Inaplicabilidade da teoria da árvore dos frutos envenenados (fruits of the poisonous tree). **Sentença condenatória**

[128] LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional, vol. I. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 590.

> **embasada em provas autônomas produzidas em juízo.** 2. Pretensão de reexame da matéria fático-probatória. Inviabilidade do writ. Ordem denegada. (HC 83921, Relator(a): Min. EROS GRAU, Primeira Turma, julgado em 03/08/2004, DJ 27-08-2004 PP-00070 EMENT VOL-02161-02 PP-00209 RTJ VOL-00191-02 PP-00598)

Portanto, de acordo com as mais recentes decisões e legislação é plenamente possível a apreciação da prova obtida sem nexo de causalidade com a prova ilícita.

4.4.1.2 Teoria da Descoberta Inevitável

A teoria da descoberta inevitável (*inevitable discovery limitation)* foi utilizada no julgamento Nix v. Willians-Willians II, em 1984. Neste caso, fora obtida informação de modo ilícito do acusado de onde estaria o corpo da vítima, tendo lá sido encontrado, no entanto, já havia um volumoso número de pessoas realizando buscas e inevitavelmente chegariam a aquele local.

Em nosso sistema positivo esta teoria se encontra no artigo 157, § 2º com a seguinte redação: "*Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.*"

É certo que há vozes na doutrina que questionam a descoberta inevitável, pois segundo eles, é ela inconstitucional por violação ao artigo 5º LVI da Constituição. No entanto, tem prevalecido na doutrina e na jurisprudência sua aceitação.

Acatando expressamente esta teoria é o julgado do Superior Tribunal de Justiça no HC 52.995 AL o qual pedimos *vênia* para transcrever sua ementa:

> HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. CONDENAÇÃO. OBTENÇÃO DE DOCUMENTO DE TRANSFERÊNCIA BANCÁRIA. SIGILO BANCÁRIO. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. PROVA SUPOSTAMENTE ILEGAL. ILICITUDE DAS DEMAIS PROVAS POR DERIVAÇÃO. PACIENTES QUE NÃO PODEM SE BENEFICIAR COM A PRÓPRIA TORPEZA. CONHECIMENTO INEVITÁVEL. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA.
> 1. Ao se debruçar sobre o que dispõe o art. 5º, XII, da Constituição Federal, é necessário que se faça sua interpretação com temperamentos, afinal, inexiste, no ordenamento pátrio, direito absoluto. Assim, diante do caso concreto, cabe ao intérprete fazer uma ponderação de valores.
> 2. A inviolabilidade dos sigilos é a regra, e a quebra, a exceção.
> Sendo exceção, deve-se observar que a motivação para a quebra dos sigilos seja de tal ordem necessária que encontre apoio no princípio da

> proporcionalidade, sob pena de se considerarem ilícitas as provas decorrentes dessa violação.
> 3. Assim, a par da regra da liberdade dos meios de prova, excetua-se a utilização daquelas obtidas por meios ilegais, conforme dispõe o inciso LVI do art. 5º da Constituição Federal, inserindo-se, nesse contexto, as oriundas da quebra de sigilo sem autorização judicial devidamente motivada.
> 4. Entretanto, no caso, há que se fazer duas considerações essenciais que afastam, por completo, a proteção que ora é requerida por meio de reconhecimento de nulidade absoluta do feito. A primeira diz respeito a própria essência dessa nulidade que, em tese, ter-se-ia originado com a publicidade dada pelo banco ao sobrinho da vítima, que também era seu herdeiro. Tratou-se toda a operação bancária de um golpe efetivado por meio de um engodo. Titularidade solidária que detinha uma das pacientes e que agora é reclamada para efeitos de autorização legal, decorreu de ilícito efetivado contra vítima.
> 5. Pretende-se, na verdade, obter benefício com a própria prática criminosa. Impossibilidade de se beneficiar da própria torpeza.
> 6. A segunda consideração, não menos importante, é que o extrato ou documento de transferência foi obtido por herdeiro da vítima, circunstância que ocorreria de qualquer maneira após a sua habilitação em inventário, a ensejar, da mesma maneira, o desenrolar do processo tal qual como ocorreu na espécie.
> 7. **Acolhimento da teoria da descoberta inevitável; a prova seria necessariamente descoberta por outros meios legais.** No caso, repita-se, o sobrinho da vítima, na condição de herdeiro, teria, inarredavelmente, após a habilitação no inventário, o conhecimento das movimentações financeiras e, certamente, saberia do desfalque que a vítima havia sofrido; ou seja, a descoberta era inevitável.
> 8. Ordem denegada.
> (HC 52.995/AL, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 16/09/2010, DJe 04/10/2010)

Por fim, é de se notar que tem preponderado a teoria da descoberta inevitável na doutrina e tribunais pátrios.

4.4.1.3 Teoria da Mancha Purgada – Vícios Sanados ou Tinta Diluída

Esta teoria também configura exceção à regra da inadmissibilidade, e, como todas as outras acima mencionadas tem origem norte-americana, lá sendo denominada de *purged taint.*

Esta teoria tem como precedente o caso WONG SUN v Us, de 1963, no qual se entendeu que, em determinadas condições, a mácula da ilicitude originária pode ser sanada. É o que se extraí do lecionado por Denilson Feitosa Pacheco:

> (...) o caso Wong Sun indica que uma "nódoa" de ilegalidade inicial pode ser "expurgada" por um "ato independente interveniente", praticado pelo acusado ou por uma terceira parte, que interrompa a corrente causal entre a

> ilegalidade e a prova, de uma tal maneira que a prova não seja vista como tendo sido obtida pela "exploração" (aproveitamento) dessa ilegalidade.[129]

Renato Brasileiro de Lima, a nosso ver, deixa mais claro quando é possível a não aplicação da teoria da prova ilícita por derivação em virtude da teoria da mancha purgada. Senão vejamos:

> [...] não se aplica a teoria a da prova ilícita por derivação se o nexo causal entre a prova primária e a secundária for atenuado em virtude do decurso do tempo, de circunstâncias supervenientes na cadeia probatória, da menor relevância da ilegalidade ou da vontade de um dos envolvidos em colaborar [...] Nesse caso, apesar de ter havido a contaminação que gerou, um acontecimento futuro, expurga, afasta, elide esse vício, permitindo-se, assim, o aproveitamento da prova inicialmente contaminada.

Na jurisprudência pátria constatou-se, salvo melhor juízo, apenas um precedente oriundo do estado de Minas Gerais. Destaca-se:

> EMENTA: HABEAS CORPUS. TRIBUNAL DO JÚRI. IMPUTAÇÃO PELO DELITO DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. DEPOIMENTOS COLHIDOS DIRETAMENTE PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. PROVA JÁ EXTIRPADA DOS AUTOS. ILICITUDE POR DERIVAÇÃO. INOCORRÊNCIA NA ESPÉCIE. INDEPENDÊNCIA DOS MOMENTOS PROCESSUAIS. RENOVAÇÃO EM CONTRADITÓRIO. PLENITUDE DE DEFESA. ORDEM DENEGADA. 1- **A declaração de imprestabilidade das provas colhidas nas investigações preliminares, realizadas diretamente pelo Ministério Público, não acarreta a ilicitude, por derivação, dos elementos probatórios colhidos em juízo, pois a conexão é atenuada, sendo expurgada a contaminação pela renovação, em contraditório,** do acervo probatório. 2- Por serem relativamente independentes as fases inerentes ao julgamento perante o Tribunal do Júri, a nulidade de elementos probatórios colhidos em determinado momento processual, não macula, necessariamente, os atos processuais subsequentes. (TJMG - Habeas Corpus Criminal 1.0000.15.083884-5/000, Relator(a): Des.(a) Beatriz Pinheiro Caires , 2ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 12/11/2015, publicação da súmula em 23/11/2015)

Portanto, caberá aos Tribunais Superiores delimitar a correta aplicação desta teoria, e, mais, se é ela aplicável ao nosso ordenamento jurídico, pois, infelizmente, embora a questão tenha chegado ao Superior Tribunal de Justiça no RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 68.547 - MG (2016/0060342-7) houve a desistência do recurso, não possibilitando a profunda análise do tema.

---

[129] PACHECO, Denilson Feitosa. *Direito processual penal: teoria, crítica e práxis*. 5ª ed. rev. e atual. com Emenda Constitucional da Reforma do Judiciário. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.p.613

4.4.1.4 Teoria da Exceção da boa-fé

A exceção da boa-fé tem como precedente o caso US v. Leon, julgado pela Suprema Corte em 1984. Neste caso, determinado magistrado americano expediu mandado de busca e apreensão, sendo este posteriormente considerado sem os requisitos legais necessários, sendo portanto, ilícito.

Todavia, o agente policial que cumpriu a ordem a realizou de boa-fé, acreditando estarem preenchidos todos os requisitos necessários, haja vista que autorizado por magistrado legalmente habilitado.

Por essa razão, a Suprema Corte entendeu que neste caso não havia que se falar em prova ilícita, porque o executor da medida não possuía o conhecimento da ilegalidade do ato, agindo de boa fé, já que, respaldado por uma decisão judicial,

A Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro entende que os requisitos básicos desta regra de exclusão são: "1- A boa fé do agente, caracterizada pela ignorância da ilegalidade do ato original; 2- A crença razoável na legalidade da conduta do agente."[130]

Tal regra teria aplicabilidade pois não geraria efeito dissuasório nos magistrados, que não se veriam incentivados a descumprir preceitos fundamentais.

No ordenamento jurídico brasileiro não há norma expressa nesse sentido, embora tenha havido esforço do Ministério Público de sua inserção no Projeto de Lei 4850/2016, também conhecido como 10 (dez) medidas contra a corrupção.

---

[130] Disponível em: < http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/imagens/d8a82703a08b4a4096424c576bdff239.pdf> Acesso em 12 de março de 2017

5. DIREITO A IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO E DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA PROVA ILÍCITA

A imparcialidade, embora não tenha previsão expressa na Constituição Federal brasileira, é sem dúvida princípio essencial quando se pondera acerca de um devido processo legal. Não há realização de devido processo legal sem imparcialidade.

Traçando um perfeito paralelo entre devido processo legal e imparcialidade Marinoni, Arenhart e Mitidiero discorrem que:

> A imparcialidade é essencial a jurisdição. A Constituição visa resguardar a imparcialidade jurisdicional cercando os órgãos do Poder Judiciário de garantias funcionais de independência (art.95) e de imparcialidade (art. 95, parágrafo único). Como direito constitucional aplicado que é, nosso Código de Processo Civil prevê nessa linha vedações ao exercício da jurisdição quando impedido (art. 144 e 147) ou suspeito o juiz (art. 145), tudo com o desiderato de preservar a imparcialidade jurisdicional. No direito brasileiro, como elemento essencial de nosso processo justo (art. 5º. LIV, CF) há direito fundamental ao juiz natural (art. 5º XXXVII e LIII, CF), que é necessariamente competente e imparcial.[131]

Parcela da doutrina costuma entendê-lo como decorrência ou complemento do princípio do juiz natural. Todavia, segundo Cássio Scarpinella Bueno, considerá-lo como mero desdobramento do juiz natural não é suficiente pelas seguintes razões:

> Não basta, apenas, que o *órgão jurisdicional* preexista ao fato a ser julgado. Isso, por si só, pode não garantir a realização concreta de todos os valores idealizados por aquele princípio. Também a *pessoa natural* que ocupa o carga de magistrado no órgão competente para julgamento deve ser imparcial. Imparcialidade, nesse contexto, significa acentuar que o magistrado (o juiz, propriamente dito, e não o juízo, que é indicativo do órgão jurisdicional seja indiferente ao litígio. Seja no sentido comum da palavra, um *terceiro*, totalmente estranho, totalmente indiferente à sorte do julgamento e ao destino de todos aqueles que, direta ou indiretamente, estejam envolvidos nele.[132]

Ainda sobre o tema, de maneira precisa se posicionam Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira. Vejamos:

---

[131] MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 216

[132] BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de direito Processual Civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei n. 13.105 de 16-03-2015. São Paulo: Saraiva, 2015. p.44

> Não é por mero acaso que um símbolos que representam a justiça é uma balança, já que às partes litigantes deve ser assegurada a chamada *paridade de armas,* isto é, deve ser assegurado um tratamento que seja apto a concretizar a isonomia substancial, atingindo-se com isso os escopos de um processo justo e efetivo. Mas para que esse equilíbrio possa efetivamente existir há necessidade de que o magistrado que atue no processo seja imparcial e equidistante das partes. O julgamento proferido por magistrado que não está isento de ânimo é o campo propício para o florescimento do arbítrio e da tirania.[133]

De fato, é dever do Estado assegurar que as decisões proferidas por seus agentes sejam imparciais, posto que, em um Estado Democrático de Direito a imparcialidade é fundamental, porque o juiz parcial apenas realiza um simulacro da tutela jurisdição.[134]

A imparcialidade é elemento tão vital que segundo Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery não pode ser dispensando nem mesmo em análises jurisdicionais que se dão, em tese, no plano abstrato, como por exemplo nos julgamentos das Ações Declaratórias de Constitucionalidade ou Inconstitucionalidade. Vejamos:

> A *imparcialidade* do juiz é atributo necessário para que se possa julgar, sendo manifestação do princípio constitucional do Estado Democrático de Direito (CF 1.º *caput*) e um dos elementos integradores do princípio constitucional do juiz natural (CF. 5.º XXXVII e LIII). Daí a razão pela qual a imparcialidade é marca inerente do exercício de atividade jurisdicional, independentemente da natureza do processo ou procedimento onde o poder é exercido. A natureza *objetiva* do processo de fiscalização abstrata de constitucionalidade das leis e de atos normativos (ADIn e ADC) não dispensa a necessária imparcialidade do Ministro do STF encarregado de julgá-lo. Quando se questiona abstratamente no STF, por meio de uma ADIn, por exemplo, portaria baixada por parlamentar enquanto presidente de comissão na Câmara dos Deputados ou no Senado Federal, não pode participar do julgamento da ADIn esse mesmo parlamentar, agora investido de jurisdição por nomeação ao cargo de Ministro do STF. O mesmo raciocínio se aplica ao Ministro do STF que, na qualidade de assessor direto do Presidente da República, participou da consecução ou da redação de MedProv cuja constitucionalidade se questiona na Suprema Corte. Portanto, o Estado Democrático de Direito e o juiz natural exigem a *imparcialidade* do juiz para proferir decisões tanto nos processos contenciosos (objetivos e subjetivos), nos procedimentos de jurisdição voluntária, bem como nos processos administrativos em geral.[135]

---

[133] OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO. Elias Marques de; COZZOLINO DE OLIVEIRA, Patrícia Elias. *Curso de Direito Processual Civil*. 1. ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2015. P. 453

[134] OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO. Elias Marques de; COZZOLINO DE OLIVEIRA, Patrícia Elias. *Curso de Direito Processual Civil*. 1. ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2015. P. 95

[135] NERY JÚNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil – Novo CPC – Lei 13.105/2015.* São Paulo. Revista dos Tribunais.p.595

Sobre o juiz imparcial Celso Agrícola Barbi afirma ainda que:

> A primeira e mais importante qualidade de um juiz é a imparcialidade. Investido da alta missão de decidir acerca dos mais relevantes interesses das partes, munido de amplos poderes para esse fim, é indispensável que o juiz realmente julgue sem ser influenciado por quaisquer fatores que não o direito dos litigantes. O despreparo cultural ou a morosidade do juiz podem preocupar o litigante. Mas o fator que é realmente capaz de intranquiliza-lo, de fazê-lo descrer na justiça humana, é a falta de confiança na isenção do juiz.[136]

A imparcialidade é elemento tão importante que está prevista nos artigos 8.1 e 71 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, incorporadas ao ordenamento jurídico pátrio pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.

No entanto, não se pode perder de vista que o magistrado é ser humano, e, por isso está sujeito a elementos intrínsecos e extrínsecos que podem, certas vezes, lhe acarretar a perda de imparcialidade. Nesse sentido Calamandrei pontifica "é difícil para o juiz encontrar o ponto de equilíbrio do justo entre o espírito de independência em relação aos outros e o espírito de humildade em relação a si mesmo."[137]

É realmente árduo trabalho a tentativa de manutenção da imparcialidade, trabalho este que deve o magistrado velar constantemente, sob pena de perder o que lhe é essencial, e, acarretando prejuízo não somente as partes que litigam naquele processo, mas sim a todo o Poder Judiciário, vez que esta tem como pedra angular a isenção de seus membros

O juiz Olivar Augusto Roberti Coneglin traz reflexão interessante sobre o tema. Senão vejamos:

> Contudo, apesar de não ser neutro, necessário que a pessoa responsável pelo julgamento faça um esforço para tentar controlar suas impressões pessoais, afastando assim a irracionalidade em busca de um processo intelectual. O julgador deve tentar despir de seus (pré)conceitos para, ao analisar o caso que se apresenta, trazer ao mesmo a solução justa de acordo com o ordenamento jurídico-constitucional. Assim, o campo a ser percorrido pelo julgador para tomar uma decisão não é o dos seus instintos, mas o da racionalidade, e isso por meio do devido processo legal, com a permissão da

---

[136] BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 6ª ed. São Paulo: Forense, 1991. v.I. p. 333/334.

[137] CALAMANDREI, Piero. Eles os juízes, vistos por um advogado. São Paulo: Martins Fontes, 2000. P.289

> realização da realização de provas, culminando com uma decisão fundamentada.[138]

Com efeito, há determinadas situações que debilitam a imparcialidade do magistrado, fulminando a possibilidade de um julgamento isonômico. Daí o porquê da existência dos impedimentos e da suspeição, que são tratados no atual Código de Processo Civil no Capítulo II do Título IV, nos artigo 144 e seguintes.

Com a quebra da imparcialidade não há alternativa ao magistrado senão o afastamento do processo, com a abstenção de realização de qualquer julgamento.

Cabe aqui enfatizar que a imparcialidade não implica em neutralidade, porque o magistrado necessariamente valora os elementos coligidos no processo, inclusive de acordo com sua cultura e ideologia.

Noutro giro, vale trazer à baila que para Dinamarco[139], a existência do duplo grau de jurisdição é salutar ao princípio da imparcialidade, posto que, a questão posta em juízo será reanalisada por terceiros, que não o juiz de piso, reafirmando a idoneidade do julgado.

Também é importante lembrar que a imparcialidade tem correlação direta com a isonomia, de modo a impedir julgamentos desigualitários, pois ainda que houvesse algum contraditório este seria meramente formal, não permitindo a influência na decisão a ser prolatada, que já estaria preestabelecida.

Justamente para que os magistrados possam ser imparciais a Constituição Federal no artigo 95[140] confere a eles uma série de garantias, propiciando assim autonomia de conduta.

---

[138] CONEGLIAN, Olivar Augusto Roberti. *Princípio do juiz natural.* In *Princípios processuais civis na Constituição*. Cood. OLIVEIRA NETO, Olavo de e LOPES, Maria Elizabeth de Castro. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. P.166

[139] DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil.* v.I.. São Paulo: Editora Malheiros. p.201

[140] Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias:

I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado;

II - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII;

III - irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

[...]

De todo o exposto, se denota que quando o magistrado atua o faz sob o manto do Estado-juiz que deve seguir os ditames constitucionais, portanto, não há devido processo legal sem juiz imparcial.

Assim, a imparcialidade é *condito sine qua non* para um julgamento justo. Neste sentido discorre Elpídio Donizetti:

> Para ser legítimo o exercício da jurisdição, é imprescindível que o Estado-juízo – ou melhor, aqueles agentes que, em nome do Estado, exercerão a jurisdição (juiz, escrivão, oficial de justiça, contador) – atue com imparcialidade. Não se pode conceber que o Estado chame para si o dever de solucionar os conflitos e o exerça por meio de agentes movidos por interesses próprios. A imparcialidade do juízo, aliás, é pressuposto de validade da relação jurídico-processual, constituindo direito das partes e, ao mesmo tempo, dever do Estado. [141]

Além de proteção Constitucional, conforme artigo 5º LVI, a imparcialidade do julgador ganha importância inclusive em instrumentos internacionais do qual o Brasil é signatário. Neste sentido, é o teor do artigo 8º, item 1 da Convenção Interamericana de Direito Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), note-se:

> Artigo 8º - Garantias judiciais
>
> 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e **imparcial**, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. **(Grifo Nosso)**[142]

Muito embora a imparcialidade tenha relevo para a realização de um julgamento justo, infelizmente nossa legislação ainda é lacunosa quando o magistrado se depara com provas ilícitas.

Atualmente quando isso ocorre há o desentranhamento da prova ilícita dos autos, sendo esta medida imprescindível para o devido processo legal. No entanto, apenas este ato é insuficiente.

---

[141] DONIZETTI, Elpídio. *Curso Didático de Direito Processual Civil*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 85.

[142]. Disponível em: < http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm >. Acesso em 23 jun. 15.

Foi justamente por isso que tentou-se a inserção no Projeto de Lei nº 4.205, de 2001 (nº 37/07 no Senado Federal) que "Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências", posteriormente convertido na Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008 do seguinte dispositivo:

> "Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.
>
> § 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.
>
> § 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.
>
> § 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.
>
> § 4º **O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão (Grifo Nosso)**

Ocorre que, depois de ouvidos o Ministério da Justiça e a Advocacia Geral da União o Presidente da República entendeu por bem vetar o § 4º sob a seguinte justificativa:

> "O objetivo primordial da reforma processual penal consubstanciada, dentre outros, no presente projeto de lei, é imprimir celeridade e simplicidade ao desfecho do processo e assegurar a prestação jurisdicional em condições adequadas. O referido dispositivo vai de encontro a tal movimento, uma vez que pode causar transtornos razoáveis ao andamento processual, ao obrigar que o juiz que fez toda a instrução processual deva ser, eventualmente substituído por um outro que nem sequer conhece o caso.
>
> Ademais, quando o processo não mais se encontra em primeira instância, a sua redistribuição não atende necessariamente ao que propõe o dispositivo, eis que mesmo que o magistrado conhecedor da prova inadmissível seja afastado da relatoria da matéria, poderá ter que proferir seu voto em razão da obrigatoriedade da decisão coligada."

> Essas, Senhor Presidente, as razões que me levaram a vetar o dispositivo acima mencionado do projeto em causa, a qual ora submeto à elevada apreciação dos Senhores Membros do Congresso Nacional.

Porém, com o devido acatamento, as razões do veto não tem o condão de afastar a necessária medida prevista no parágrafo vetado.

Isto porque, a busca de celeridade não pode servir de argumento para ofensa ao princípio constitucional da vedação da prova ilícita, posto que, no cotejo entre estes certamente prevalecerá o segundo à luz da proporcionalidade e razoabilidade.

Processo devido não é apenas aquele que é rápido, e sim aquele que dura o tempo necessário para uma decisão que atenda diversos fatores, como, por exemplo, a complexidade do assunto; o comportamento dos litigantes e de seus procuradores ou da acusação e da defesa no processo; a atuação do órgão jurisdicional.

Quanto à substituição do magistrado, que além de ser benéfica poderia ser incorporada ao rol de exceções ao princípio da identidade física do juiz, em especial no âmbito do processo civil, que é o cerne deste trabalho e onde a doutrina majoritária entende inexistir tal princípio.

Por seu turno, nos Tribunais poderia sem grande esforço haver a substituição do relator ou mesmo da Turma.

Tecidas essas ponderações, sabendo da qualidade da imparcialidade para o julgamento da demanda deve o Estado-juiz zelar pelo afastamento da prova ilícita, e mais, do próprio julgador que tomou conhecimento dela. Nesse sentido disserta Luiz Flávio Gomes, vejamos:

> O § 4º do art. 157 do CPP (que foi vetado pelo Presidente da República) dizia que "o juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão". O dispositivo legal cuidava da contaminação do juiz que toma conhecimento da prova ilícita inadmissível. Acertadamente ele reconhecia que não bastava a mera exclusão física (dos autos) das provas ilicitamente obtidas. Isso é necessário, mas insuficiente. O juiz contaminado também deve ser afastado do processo (ou, pelo menos, da sentença)[143]

---

[143] GOMES, Luiz Flávio. *Prova ilícita, juiz contaminado e o Direito Penal do inimigo* . Disponível em < http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/67891/prova-ilicita-juiz-contaminado-e-o-direito-penal-do-inimigo-luiz-flavio-gomes > Acesso em 23 jun. 2015.

Tudo isto porque, há que se ponderar que o magistrado não é uma máquina, e se afeta psicologicamente com o conhecimento da prova ilícita obtida por meios inadmissíveis. É o entendimento Aury Lopes Júnior, reproduzido por Luiz Flávio Gomes:

> Daí porque não basta anular o processo e desentranhar a prova ilícita: deve-se substituir o julgador do processo, na medida em que sua permanência representa imenso prejuízo, que decorre dos pré-juízos (sequer é pré-julgamento, mas julgamento completo) que ele fez. Não é crível de se pensar que um mesmo juiz, após julgar e ter sua sentença anulada pela ilicitude da prova (que ele admitiu e, muitas vezes, até valorou), possa julgar novamente o mesmo caso com imparcialidade e independência. É ingenuidade tratar cartesianamente essa questão, como se a contaminação só atingisse a prova: o maior afetado por ela é o julgador, ainda que inconscientemente. Imagine-se a escuta telefônica que posteriormente vem a ser considerada ilícita por falha de algum requisito formal e a sentença anulada em grau recursal. Basta remeter novamente ao mesmo juiz, avisando-lhe que a prova deve ser desentranhada? Elementar que não, pois ele, ao ter contato com a prova, está contaminado e não pode julgar[144]

Como se vê, com a quebra da imparcialidade não há que se falar em julgamento justo e devido processo legal, sendo de rigor o afastamento do magistrado do julgamento da lide.

A problemática é vasta, e gera questões de relevo, como, por exemplo, e se as partes, por força do princípio da cooperação atualmente positivado no artigo 6º[145] do Código de Processo Civil concordarem com a utilização da prova ilícita?

Nessa toada vale trazer breve apontamento acerca do princípio da cooperação realizado por Pedro Antônio de Oliveira Machado e Elias Marques de Medeiros Neto sobre a amplitude do princípio da cooperação. Senão vejamos:

> A cooperação nesse sentido pressupõe a ampliação do dever de responsabilidade na obtenção do resultado útil do processo, sob a perspectiva do direito e dever de participação de todo e qualquer cidadão nesse desiderato, o que acaba por revelar uma materialização da democracia participativa, adotada pela Constituição Federal, a partir da determinação de que a República Federativa do Brasil constitui-se em um Estado Democrático de Direito, no qual todo poder emana do povo, que tem, dentre

---

[144] GOMES, Luiz Flávio. Provas Ilícitas e Ilegítimas: distinções fundamentais. In: A Leitura: Caderno da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará. Belém, v. 2, n. 3, p. 76, 2009.

[145] Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

> seus objetivos, construir uma sociedade livre, justa e solidária, promovendo o bem de todos (art. 1º, caput e par. único e art. 3º, I e IV, da C.F.)[146]

A resposta para o questionamento acima, salvo melhor juízo, nos parece negativa, posto que, isso porque, o princípio da cooperação não resiste ao sopesamento com o princípio da proibição da prova ilícita.

O fundamento de ser do princípio da proibição da prova ilícita é histórico, de modo que eventuais tolerâncias poderiam gerar efeitos extremamente nocivos a longo prazo.

Ressalta-se que, de certa forma, estar-se-ia aplicando a teoria da mancha expurgada, que não tem previsão legal no ordenamento jurídico pátrio.

Outra questão que surge é a possibilidade de o magistrado que tomou conhecimento da prova ilícita nos autos em que presidia fundamentar sua nova decisão em outras provas, que não a ilícita.

Em nosso ver, não é possível que o magistrado o faça, pois estará irremediavelmente contaminado com a prova ilícita, de tal sorte que, ainda que fundamente sua decisão em outras provas haveria, ao menos uma tendência, a quebra de sua imparcialidade.

Como se viu, no modo atual do que ocorre quando há a declaração da existência de uma prova ilícita, o princípio da imparcialidade é o principal afetado, mas não só ele, o do devido processo legal também é ferido de morte. Em verdade, há uma gama de ofensa a direitos fundamentais processuais.

Assim, é de *lege ferenda* norma relativa à regulação de tal procedimento no âmbito processual civil de modo a evitar decisões proferidas por juízes parciais, e, portanto, em desconformidade com o devido processo legal.

---

[146] DE MEDEIROS NETO, Elias Marques; DE OLIVEIRA MACHADO, Pedro Antônio. *PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO NO PROCESSO CIVIL*. Revista Thesis Juris, v. 5, n. 1, p. 163-191, 2016.

6. CONCLUSÕES

A base de todo e qualquer Estado que pretenda ser Democrático de Direito, como o brasileiro (art. 1º caput da Constituição Federal) é a existência de um processo que respeite todos os direitos e garantias fundamentais inerentes a ele esculpidos em sua Constituição.

Isto porque, a "era das codificações" cedeu espaço à Constituição, que na verdade apenas tomou seu lugar de direito no ápice do ordenamento jurídico, de tal sorte que o processo deve seguir perfeitamente seus ditames.

Com efeito, um processo que respeita esses ditames é o que se pode entender por processo devido.

Por sua vez, característica essencial ao devido processo legal é o direito à prova, que, contudo, não pode ser ilícita e obtida por meios inadmissíveis.

Em razão disso, na atual sistemática processual quando o magistrado se depara com a prova ilícita obtida por meios inadmissíveis deve ele ordenar o seu desentranhamento dos autos de processo. No entanto, tal medida é insuficiente, posto que, já estará eivada a imparcialidade do magistrado, elemento vital para um julgamento justo.

Quando há o conhecimento da prova ilícita obtida por meios inadmissíveis pelo magistrado o julgado precisa ser descontaminado com a realização de novo julgamento, destarte, sendo o mesmo juiz a realizar este, ainda que de modo inconsciente, restará influenciado.

Com efeito, ao ignorar que tomou conhecimento da prova ilícita, e que ela certamente lhe afetará o discernimento o magistrado estará a pensar que pode agir como máquina, realizando perfeitamente a separação de elementos emocionais dos racionais.

Neste ponto, vale lembrar a frase proferida por Charles Chaplin no filme no Tempos Modernos, "Não sois máquinas, homens é o que sois!"[147]

Não é coerente que o magistrado que conheceu da prova ilícita, a admitiu e muitas vezes inclusive a valorou venha a realizar o julgamento da lide, haja vista que estará contaminado.

Neste termos, não há como negar que a prova ilícita obtida por meios inadmissíveis mácula o discernimento do julgador, afetando obviamente sua imparcialidade.

---

[147] CHAPLIN, Charles. *O Grande Ditador*. Disponível em <http://www.cpvsp.org.br/upload/cartazes/pdf/CAPOLSP1979003.pdf> Acesso em 13 de janeiro de 2017

Sob outro prisma, certamente não se está a dizer que o magistrado de qualquer modo julgará procedente a demanda, mesmo não valorando a prova ilícita, no entanto, terá grande possibilidade de valoração equivocada de provas.

Como dito, para que a descontaminação do julgado seja completa não basta o desentranhamento da prova dos autos, necessário é que o julgamento seja realizado por outro juiz.

Para a escolha deste novo magistrado deve se respeitar o "juiz natural", havendo a substituição por critérios de distribuição comuns, se evitando assim a escolha discricionária.

Vale lembrar ainda que já houve iniciativa legislativa com o fito de inserção no Projeto de Lei nº 4.205, de 2001 (nº 37/07 no Senado Federal) que "Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências", posteriormente convertido na Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008 do artigo 157 § 4º que dizia que "*O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão*"**.** No entanto, tal dispositivo foi vetado.

De início, este dispositivo poderia ser utilizada no âmbito do processo civil por aplicação subsidiária, por força da teoria geral do processo, até o momento em que o legislador também positivasse a norma perante a legislação processual civil.

Por sua vez, o legislador ao elaborar o Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105 de 16 de março de 2015) perdeu grande oportunidade de sanar este problema.

De todo o exposto, conclui-se, portanto, que a matéria é relevante e esperasse que o debate acadêmico faça reascender no legislador o mesmo espírito que o fez editar o § 4º do artigo 157 do Código de Processo Penal.

REFERÊNCIAS

AMENDOEIRA JR, Sidnei. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo:Saraiva.2012.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005

ASSIS, Carlos Augusto de. *Antecipação da Tutela.* São Paulo: Malheiros. 2001

AVOLIO. Luiz Francisco Torquato. *Provas Ilícitas*: Interceptações telefônicas, ambientes e gravações clandestinas. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2015.

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 6ª ed. São Paulo: Forense, 1991. v.I

BARBOSA MOREIRA. José Carlos. *A Constituição e as provas ilicitamente obtidas.* Temas de Direito Processual. Sexta Série. São Paulo: Saraiva. 1997.p.109/111

BARBOSA. Rui. *República: Teoria e prática* (textos doutrinários sobre direitos humanos e políticos consagrados na primeira Constituição da República. Seleção e coordenação Hilton Rocha). Petrópolis: Vozes, apud SILVA, JOSÉ AFONSO. *Curso de direito constitucional positivo.*

BARBOSA, Rui; MÓDOLO, Marcelo. *Oração aos moços*. Hedra, 2009. P. 40 Disponível em: http://www.romulolins.com/rui.pdf Acesso em 12 de março de 2017

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 13.ed. São Paulo: Editora Malheiros.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* 6ed. São Paulo: Malheiros, 1996

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. *Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil*. – Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.
Disponível em: <https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf> Acesso em 08 de janeiro de 2017

BRASILEIRO DE LIMA, Renato. *Manual de Processo Penal.* 3.ed. Salvador: Juspodivm. 2015.

BRASILEIRO DE LIMA, Renato. *Manual de Processo Penal.* 3.ed. Salvador: Juspodivm. 2015. P 71 apud SCARANCE FERNANDES, Antônio. *Processo penal constitucional.* 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito Processual Civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei n. 13.105 de 16-03-2015*. São Paulo: Saraiva, 2015

_____, Cassio Scarpinella. *O "Modelo constitucional do direito processual civil": Um paradigma necessário de estudo do direito processual civil e algumas de suas aplicações*. Processo Civil - Novas tendências-Homenagem ao Professor Humberto Theodoro Jr, v. 1, , 2010. p. 157-166 Disponível em < http://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/31655450/O_modelo_constitucional_do_direito_processual_civil__Jornadas_2008_.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAJ56TQJRTWSMTNPEA&Expires=1483992924&Signature=aak0wkvDm7pAgQFsar0jevHtcOs%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DO_modelo_constitucional_do_direito_proce.pdf> Acesso em 09 de janeiro de 2017

CALAMANDREI, Piero. Eles os juízes, vistos por um advogado. São Paulo: Martins Fontes, 2000

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 24ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CAMBI, Eduardo. *A prova civil: Admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006

CANTOARIO, Diego Martinez Fervenza. *O acesso à justiça como pressuposto da paridade de armas entre os litigantes no processo civil*. Revista Direito e Política, v. 3, n. 2, p. 155-179, 2015.

CAPPELLETTI, Mauro.; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. de Ellen Gracie Northfllet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988

CHAPLIN, Charles. *O Grande Ditador*. Disponível em <http://www.cpvsp.org.br/upload/cartazes/pdf/CAPOLSP1979003.pdf> Acesso em 13 de janeiro de 2017

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo.* São Paulo: RT,1991.

CONEGLIAN, Olivar Augusto Roberti. *Princípio do juiz natural.* In *Princípios processuais civis na Constituição*. Cood. OLIVEIRA NETO, Olavo de e LOPES, Maria Elizabeth de Castro. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008

CURIA, Luiz Roberto et al. *Código de Processo Civil comparado*. São Paulo. Saraiva.2015

DIAS, Jefferson Aparecido. *Princípio do Devido Processo Legal*. In. Princípios processuais civis na Constituição. Coord. OLIVEIRA NETO, Olavo de e LOPES, Maria Elizabeth de Castro. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

DIDIER Jr, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. vol.1. 15º ed. Salvador: Juspodivm. 2013

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo.* 2º. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

_____, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986

_____, Candido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil.* v.I.. São Paulo: Editora Malheiros.2001.

_____ Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Ed. Malheiros: São Paulo, 2013

DONIZETTI, Elpídio. *Curso Didático de Direito Processual Civil*. São Paulo: Atlas, 2010

_____, Elpídio. *Novo Código de Processo Civil Comparado.* Atlas. São Paulo. 2015.

FERREIRA MENDES, Gilmar; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2011

FUX, Luiz et al. *Novo CPC Comparado*. Editora Gen. São Paulo: 2015.p 320

GRECO, Leonardo. *Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo.* Estudos de Direito Processual. V.1. 2005.

_____. *A busca da verdade e a paridade de armas na jurisdição administrativa*. Revista da Faculdade de Direito de Campos, n. 9, 2006.

GREVI. Vittorio. *Libertà personale dell'imputato e costituzione* . Giuffrè: Milano, 1976

GRINOVER, Ada Pellegrini. As garantias constitucionais do processo nas ações coletivas. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 82, p. 180-197, jan. 1987. ISSN 2318-8235. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67100/69710>. Acesso em: 31 jan. 2017. doi:http://dx.doi.org/10.11606/issn.2318-8235.v82i0p180-197.

_____, Ada Pellegrini. *O processo em sua unidade*. Forense, 1984.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Recursos no processo penal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009

GRINOVER. Ada Pellegrini; FERNANDES. Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades do processo penal.* 3. Ed. São Paulo: Malheiros. 1993

GOMES, Luiz Flávio. *Prova ilícita, juiz contaminado e o Direito Penal do inimigo* . Disponível em < http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/67891/prova-ilicita-juiz-contaminado-e-o-direito-penal-do-inimigo-luiz-flavio-gomes >

_____, Luiz Flávio. *Provas Ilícitas e Ilegítimas: distinções fundamentais*. In: A Leitura: Caderno da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará. Belém, v. 2, n. 3, p. 76, 2009.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Novo Código de Processo Civil*. v.1. São Paulo: Saraiva, 2015

LENZA. Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*.18 ed. São Paul: Saraiva, 2014.

LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional, vol. I. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011

LOPES, João Batista. *Curso de direito processual civil*. v.I. São Paulo: Atlas, 2005.

LOPES, João Batista. *Curso de Direito Processual Civil*. Processo de Conhecimento. v.II. São Paulo: Atlas. 2006. P.96

LOPES, João Batista. *Princípio do ampla defesa.* In *Princípios processuais civis na Constituição*. Cood. OLIVEIRA NETO, Olavo de e LOPES, Maria Elizabeth de Castro. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. P. 126/127 APUD JUNOY, Joan Picó I. El derecho a la prueba em le proceso civil. Barcelona: J.M Bosch Editor, 1996. P. 35

LOPES, Maria Elizabeth de Castro. *Princípio do Contraditório*. In. Princípios processuais civis na Constituição. Coord. OLIVEIRA NETO, Olavo de e LOPES, Maria Elizabeth de Castro. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MEDEIROS NETO, Elias Marques de. *Prova Emprestada, Prova Ilícita e Princípio da Proporcionalidade. In* A Prova no Direito Processual Civil Estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes. OLIVEIRA NETO, Olavo; MEDEIROS NETO, Elias Marques; LOPES, Ricardo Augusto de Castro. São Paulo: Verbatim. 2013.

_____, Elias Marques de. *Princípio da proibição da prova ilícita no Processo Civil Brasileiro*. Revista Juris Plenum, Caxias do Sul (RS), v. 6, n. 36, p. 7-52, nov. 2010

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado***.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015.

MELO, Carolina Kerley Oliveira; OLIVEIRA, Valéria Edith de Carvalho de. *O Acesso à função jurisdicional pelos Juizados Especiais Cíveis Estaduais em face à Constituição da República.* Disponível em: http://npa.newtonpaiva.br/letrasjuridicas/?p=872 Acesso em 05 de março de 2017 APUD WATANABE, Kazuo. Juizado Especial de Pequenas Causas. São Paulo: Saraiva 1985. P.02

MENDONÇA Jr, Delosmar. *Princípios da ampla defesa e da efetividade no processo civil brasileiro.* São Paulo: Malheiros. 2001.

MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo.* 6. Ed. Niterói: Editora Impetus. 2012

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 27ª Ed. São Paulo: Atlas, 2011

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional.* 7.ed. São Paulo: Método. 2012.

NERY JÚNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil – Novo CPC – Lei 13.105/2015.* São Paulo. Revista dos Tribunais

_____, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015. p.210

OLIVEIRA, Flávio Luís de. *Princípio do Acesso à Justiça*. In. Princípios processuais civis na Constituição. Coord. OLIVEIRA NETO, Olavo de e LOPES, Maria Elizabeth de Castro. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO. Elias Marques de; COZZOLINO DE OLIVEIRA, Patrícia Elias. *Curso de Direito Processual Civil*. 1. ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2015

_____, Olavo de e LOPES, Maria Elizabeth de Castro. *Princípio do Fundamentação das Decisões Judiciais*. In. Princípios processuais civis na Constituição. Coord. OLIVEIRA NETO, Olavo de e LOPES, Maria Elizabeth de Castro. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

PACHECO, Denilson Feitosa. *Direito processual penal: teoria, crítica e práxis*. 5ª ed. rev. e atual. com Emenda Constitucional da Reforma do Judiciário. Rio de Janeiro: Impetus, 2008

PAES, Sara Maria Ströher. *Direito a ser ouvido em um Prazo Razoável: morosidade da Justiça segundo a ótica do Tribunal Europeu de Direitos Humanos*. Revista de Informação Legislativa, Brasília: Senado Federal, ano, v. 34, p. 225-235, 1997.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeira linha de direito processual civil*. v. II. São Paulo: Saraiva. 1985

SCARANCE FERNANDES, Antônio. *Processo Penal Constitucional.* 2ªed. São Paulo. Revista dos Tribunais.2000.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 36. Ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____, José Afonso da. *Comentários contextual à Constituição.* 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

STRECK, Lênio Luiz. *Prova ilícita validada por boa-fé: lá se vai a criança com a água suja.* Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2016-ago-08/prova-ilicita-validada-boa-fe-la-bebe-agua-suja> Acesso em 04 de fevereiro de 2017.

TAKAYANAGI, Fabiano Yuji. *Os momentos probatórios no Direito Processual Penal*. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, v. 106, n. 106-107, 2012. p. 779-807

VIEIRA, Marcio. *Os resquícios de prova tarifada no processo civil brasileiro e sua influência no livre convencimento do magistrado*. Revista da ESMESC, v. 17, n. 23, p. 371-398, 2010.